

Rettsstridig koblingshandel

Kandidatnummer: 619

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 16 718 ord

25.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>VILKÅRENE FOR AT DET FORELIGGER RETTSSTRIDIG KOBLINGSHANDEL</u>	<u>2</u>
<u>3</u>	<u>VIRKSOMHETEN MÅ HA EN DOMINERENDE STILLING</u>	<u>4</u>
3.1	Definisjonen av dominerende stilling	4
3.2	Det relevante markedet	6
<u>4</u>	<u>VILKÅRET OM AT DET MÅ VÆRE TO SEPARATE PRODUKTER</u>	<u>7</u>
4.1	Forbrukerperspektivet for vurderingen om det er separate produkter	8
4.1.1	Konkret helhetsvurdering for om det er separate produkter	11
4.1.2	Det finnes uavhengige produsenter av det koblede produktet	11
4.1.3	Finansiering	12
4.1.4	Markedsføring og kanaler for salg	13
4.2	Konklusjon	14
4.3	Kritikk av vurderingen for om det foreligger separate produkter	14
<u>5</u>	<u>KUNDEN KAN IKKE VELGE BORT DET KOBLEDE PRODUKTET</u>	<u>16</u>
5.1	A og B selges bare samlet	17
5.2	Teknisk kobling	18
5.3	Økonomisk kobling	19
5.4	Konklusjon	22
<u>6</u>	<u>KONKURRANSEBEGRENSENDE EFFEKT – ULIKE TESTER</u>	<u>23</u>

6.1	Konkurransbegrensende effekt	23
6.2	Når er vilkåret om konkurransbegrensende effekt oppfylt?	25
6.3	Per se ulovlighet	26
6.4	Modifisert per se	30
6.5	Virkningsvurdering	35
6.5.1	Utviklingen av vilkåret om konkurransbegrensende effekt?	35
6.5.2	Utvikling av forbrukerperspektivet?	39
6.5.3	Sammenfatning	42
6.6	Konklusjon	42
<u>7</u>	<u>OBJEKTIV BEGRUNNELSE</u>	<u>42</u>
7.1	Domstolenes tilnærming til objektiv begrunnelse	43
7.2	Objektiv nødvendighetsforsvar	46
7.3	Konkurransesvarforsvaret	49
7.4	Effektivitetsfordeler som objektiv begrunnelse	51
7.5	Konklusjon	56
<u>8</u>	<u>SAMMENFATNING OG VURDERING</u>	<u>56</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>

1 Innledning

Denne oppgaven er en fremstilling og analyse av forbudet mot koblingshandel som misbruk av en dominerende stilling på markedet.

Koblingshandel er ikke i seg selv rettsstridig; det er helt vanlig at to produkter selges samlet. Et eksempel er bilstereo som alltid følger med bilen.. Det er gode grunner for å tillatte koblingshandel. Det kan gi lavere pris, redusere transaksjonskostnader, gi forbrukerne større utvalg og utstyre dem med produkter som er klare til bruk. Men en kobling av to produkter av en virksomhet i en dominerende stilling kan også være en effektiv måte å skade konkurransen på, og gi negative virkninger for forbrukeren. For eksempel kan en virksomhet i en monopolstilling i et marked bane seg vei inn i et annet marked ved å kreve at kunden må kjøpe et produkt i tillegg til produktet virksomheten har monopol på. Eller virksomheten kan prise produktene i en pakkelsøning slik at kunden velger å kjøpe dem samlet, og på den måten forhindre at kunden kjøper det andre produktet hos en konkurrent.

Det er vanlig å dele koblingshandel inn i tre typer.¹ Den første typen kjennetegnes ved at to produkter kun selges samlet, dette kan kalles en pakkelsøning. Den andre typen som kjennetegnes ved at produktene kan kjøpes separat, men der prisen for produktene samlet nesten er lik prisen for et av produktene separat, slik at kunden vil velge å kjøpe dem samlet, kan kalles alternativ pakkelsøning. Den tredje typen, som kan kalles en binding, kjennetegnes ved at det såkalt koblede produktet kan kjøpes separat, men at koblingsproduktet, det produktet i hvor virksomheten har en dominerende stilling, bare selges på vilkår av at man tar det koblede produktet med på kjøpet.

¹ O'Donoghue and Padilla (2006) s. 477, Whish (2008) s. 680, Jones and Sufrin (2008) s. 515.

Oppgaven er en fremstilling av koblingshandel slik det er forbudt etter Traktat om Det europeiske fellesskap artikkel 82 første ledd jf. andre ledd bokstav d. Koblingshandel er også forbudt etter EØS-loven artikkel 54 første ledd jf. andre ledd bokstav d. Og etter Konkurranseloven § 11, første ledd jf. andre ledd bokstav d. Men disse vil ikke bli behandlet i denne oppgaven, da det sentrale innholdet av disse henger sammen med artikkel 82.

Lovens ordlyd er kun et utgangspunkt for innholdet av regelen om koblingshandel som misbruk av dominerende stilling; det er gjennom praksis at forbudet er utviklet. Fremstillingen vil derfor ikke støtte seg på ordlyden i særlig grad. Snarere skal den bygge på rettspraksis, litteratur og Kommisjonens forståelse av regelen,² heretter kalt Kommisjonens discussion paper.

Kommisjonens discussion paper er kun en sammenfatning av hvordan Kommisjonen ser på konkurransebegrensende misbruk. Det er ikke meningen å presentere innholdet av dette discussion paper som å ha lik vekt med rettspraksis. Men innholdet kan være et argument for å underbygge innholdet av rettspraksis.

2 Vilkårene for at det foreligger rettsstridig koblingshandel

Utgangspunktet for når det foreligger rettsstridig koblingshandel, finner man ved å gå til Traktat om Det europeiske fellesskap, heretter EF-traktaten, artikkel 82 første ledd jf. andre ledd bokstav d:

”En eller flere virksomheters misbruk av en dominerende stilling på fellesmarkedet eller en vesentlig del av det er uforenelig med fellesmarkedet og forbudt i den utstrekning, samhandelen mellom medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbruk kan særlig bestå i:

² DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

d) at det stilles som vilkår for inngåelse av en avtale, at medkontrahenten godkjenner tilleggssytelser, som etter deres natur eller ifølge handelssedvane ikke har forbindelse med avtalens gjenstand.”

Regelen om rettsstridig koblingshandel kan ikke alene utledes av ordlyden i artikkel 82 d; lovens ordlyd er kun et utgangspunkt. Rettspraksis angående rettsstridig koblingshandel er av stor betydning; det er der vilkårene for at rettsstridig koblingshandel skal være oppfylt nærmere er trukket opp. Artikkel 82 eksemplifiserer ulike typer av misbruk. Listen er ikke utømmende jf. ordlyden ”Misbruk kan særlig bestå i” artikkel 82 andre ledd og avgjørelsen Tetra-Pak II³. Dette medfører ganske stor frihet for domstolene med hensyn til lovens ordlyd.

Rettspraksis har meislet ut vilkårene for når rettsstridig koblingshandel foreligger. Microsoft-dommen⁴ setter standard for den videre tilnærmingen. For første gang oppstiller domstolen klart hvilke vilkår som må være oppfylt: I premiss 859 i dommen slår CFI fast at den finner de vilkår som Kommisjonen oppstilte for at det skal være tale om rettsstridig koblingshandel i dens avgjørelse mot Microsoft⁵ å være korrekte og i overensstemmelse med artikkel 82, samt rettspraksis.

Vilkårene slik de er oppstilt i Microsoft-saken, er:⁶ (i) Koblingsproduktet og det koblede produktet tilhører forskjellige markeder, (ii) virksomheten er dominerende i markedet for koblingsproduktet, (iii) virksomheten gir ikke forbrukerne muligheten til å velge koblingsproduktet uten det koblede produktet, og (iv) koblingshandelen begrenser konkurransen. I tillegg inneholder Microsoft-dommen en vurdering av objektiv begrunnelse for om koblingshandelen allikevel må være lovlig⁷

Jeg skal la de fem vilkårene slik de er oppstilt i Microsoft-dommen, danne strukturen for den videre analysen av koblingshandel som misbruk av dominerende stilling.

³ Sak C-333/94 P. Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities [1996] ECR I-05951 (Tetra-Pak II).

⁴ Sak T-201/04, Microsoft mot Kommisjonen [2007] OJ C 269.

⁵ Sak Comp/C-3/32.792, Microsoft [2004] OJ L 32.

⁶ Sak Comp/C-3/32.792, Microsoft, premiss 794.

⁷ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1144-1167.

Fremstillingen vil gjøre rede for innholdet av de fem vilkårene og konkludere med hva rettstilstanden er.

3 Virksomheten må ha en dominerende stilling

Det følger av ordlyden i EF-traktaten artikkel 82 første ledd at virksomheten må inneha en dominerende stilling i fellesmarkedet. At virksomheten må inneha en dominerende stilling, er et fellesvilkår for alle misbruksformene. Oppgaven vil ikke problematisere dette vilkår i særlig grad, men vil fokusere på det som er spesielt for rettsstridig koblingshandel. Under følger en kort presentasjon av vilkåret.

En virksomhet kan være dominerende alene, eller kan sammen med andre virksomheter samlet ha en dominerende stilling. Det er en dominerende posisjon i fellesmarkedet som rammes. Det er ikke forbudt å ha en dominerende posisjon i markedet, det er misbruk av dominerende markedsrett som er forbudt. Således vil en handling som er forbudt for en virksomhet som innehar en dominerende stilling, være lovlig for en virksomhet som ikke har en dominerende stilling. Artikkel 82 sier ingenting om hva som skal til for at en virksomhet skal inneha en dominerende posisjon på fellesmarkedet. Men det er klart at forbudet ikke bare retter seg mot monopolister, men også virksomheter som har en viss grad av markedsrett.⁸ For de nærmere grensene om hva som innebærer en dominerende stilling må det søkes til rettspraksis.

3.1 Definisjonen av dominerende stilling

To dommer gir god veiledning om begrepet dominerende markedsrett; først ute var ECJ i United Brands saken. I denne saken kom domstolen til at en dominerende posisjon var:

⁸ Jones and Sufrin (2008) s. 303.

”[...]at en virksomhet inntar en så sterk økonomisk stilling, at den har mulighet til å hindre, at det opprettholdes effektiv konkurranse på det pågjeldende marked, idet den nevnte stilling gir virksomheten vide muligheter for uavhengig atferd i forhold til konkurrenter, kunder og i siste instans til forbrukerne;”⁹

I Hoffmann-La Roche bygde ECJ videre på definisjonen fra United Brands:

”[...]begrepet dominerende stilling skal forstås som en virksomhets økonomiske maktposisjon, som setter denne i stand til å hindre, at det opprettholdes en effektiv konkurranse på det relevante markedet, idet den kan utvise et betydelig omfang av uavhengig atferd overfor sine konkurrenter og kunder og i siste instans over for forbrukerne; En sånn stilling utelukker, til forskjell fra en monopolstilling eller et kvasi-monopol, ikke, at det består en viss konkurranse, men den setter det dominerende firma i stand til, om enn ikke å bestemme, så i det minste merkbart øve innflytelse på de vilkår, hvorunder konkurransen utvikler seg, og under alle omstendigheter i vidt omfang i stand til å handle uten å skulle ta hensyn hertil og uten at denne atferd er til skade for virksomheten;”¹⁰

Fra ECJs forståelse av begrepet dominerende posisjon kan det utledes tre elementer. Også Kommisjonen støtter opp om denne definisjonen. Kommisjonen oppstiller disse elementene i sitt discussion paper:¹¹ (i) Virksomheten(e) må ha en økonomisk posisjon av styrke i et marked, som (ii) gir virksomheten(e) en mulighet til å hindre effektiv konkurranse i det relevante markedet, ved å (iii) kunne, i stort omfang, handle uavhengig [av konkurrenter, kjøpere og i siste instans forbrukere].

For at rettsstridig koblingshandel skal foreligge er det et vilkår at man har en dominerende stilling i markedet for koblingsproduktet; det er ikke et vilkår at virksomheten også er dominerende i markedet for det koblede produktet. Men Kommisjonen slår ukontroversielt

⁹ Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen [1978] ECR 207, premiss 65.

¹⁰ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Kommisjonen [1979] ECR 461, premiss 38-39.

¹¹ DG Competition discussion paper, avsnitt 21.

fast¹² i sitt discussion paper, at om virksomheten også er dominerende i markedet for det koblede produktet, er sannsynligheten for at det vil foreligge misbruk større.¹³

3.2 Det relevante markedet

For å avgjøre om en virksomhet har en dominerende posisjon i markedet, kreves det at man først definerer hvilket marked virksomheten i så fall dominerer. Dette er nødvendig fordi dominans ikke har betydning alene, men kun i relasjon til et marked.¹⁴ I konkurransesaker står "krigen" ofte om hva som utgjør det relevante markedet, for eksempel i Hilti; der selskapet påsto at spikerpistolen, magasinet og spikrene var en del av markedet for automatiske festesystemer. Desto bredere et marked defineres, dess mindre sannsynlig vil man kunne finne at virksomheten innehar en dominerende stilling.

Kommisjonen har utgitt en notis om definisjonen av det relevante markedet.¹⁵ Formålet med den er å vise hvordan Kommisjonen gjør bruk av konseptene det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet i håndhevelsen av Fellesskapets konkurranselovgeving.¹⁶

Hovedbegrunnelsen for å definere det relevante markedet er å identifisere, på en systematisk måte, de umiddelbare konkurransevirkningene på en virksomhet.¹⁷ Alle virksomhetene som kan begrense en virksomhets uavhengighet i stor nok grad vil tilhøre det samme markedet. Vurderingen gjør krav både på en vurdering av produktet og det geografiske markedet. Det relevante produktmarkedet består av alle de produkter og/eller

¹² Whish (2008) s. 682.

¹³ DG Competition discussion paper, avsnitt 184.

¹⁴ Sak 6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen [1973] ECR 215, premiss 32.

¹⁵ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law OJ C 372, 1997.

¹⁶ OJ C 372, 1997, avsnitt 1.

¹⁷ OJ C 372, 1997, avsnitt 2.

tjenester som er ansett som alternative eller en erstatning for det omdiskuterte produktet for forbrukeren, med hensyn til produktets art, pris og bruk.¹⁸ Det relevante geografiske markedet består av det geografiske området der de omdiskuterte virksomhetene er involvert i tilbud og etterspørsel av produkter og tjenester, der konkurransevilkårene i stor nok grad er homogene og kan skilles fra tilgrensende områder fordi konkurransevilkårene er klart annerledes enn i de områdene.¹⁹ Whish mener at markedsdefinisjonen i prinsippet er et spørsmål om det omdiskuterte produktet kan erstattes med andre produkter.²⁰ Det må oppstilles en begrensning i forhold til om det finnes produkter som kan erstatte det omdiskuterte produktet. Produktene kan ikke bare i liten grad være alternative eller brukes i stedet for. I *United Brands* var vurderingstemaet for domstolen i forhold til det relevante markedet, om bananer i rimelig grad var utbyttbare for forbrukeren med andre typer fersk frukt, eller om bananmarkedet var tilstrekkelig homogent og forskjellig fra markedet for fersk frukt og at det relevante markedet derfor kun omfattet bananer.²¹ Kommisjonen viser til tre utgangspunkter av konkurransebegrensninger som vil vise hva det relevante markedet for et produkt er. Disse er etterspørsel etter alternative produkter, alternative tilbydere og potensiell konkurranse.²²

4 Vilkåret om at det må være to separate produkter

Hvis det ikke dreier seg om to separate produkter, kan det heller ikke være snakk om koblingshandel. Dette følger av at dersom det er tale om ett produkt vil koblingshandel være utelukket. Utfordringen er å avgjøre om produkter som består av flere elementer utgjør ett helhetlig produkt, eller om det er flere særskilte produkter som selges som en kobling.

¹⁸ OJ C 372, 1997, avsnitt 7.

¹⁹ OJ C 372, 1997 avsnitt 8.

²⁰ Whish (2008), s.28.

²¹ Sak 27/76, *United Brands*.

²² OJ C 372, 1997 avsnitt 13.

I Kommisjonens discussion paper,²³ understrekes det at det ikke er et vilkår at produktene tilhører ulike markeder, men at de allikevel må skille seg fra hverandre på en sårn måte at en virksomhet kan sies å ha koblet to særskilte produkter. Og hvis så er tilfelle må virksomheten alene dominere i kraft av koblingsproduktet.²⁴

4.1 Forbrukerperspektivet for vurderingen om det er separate produkter

Ordlyden i EF-traktaten artikkel 82 d sier at vurderingen av om produktet er koblet må gjøres på bakgrunn av produktets natur og handelssedvane. Kommisjonen har med utgangspunkt i ordlyden kommet til at denne vurderingen må avgjøres på bakgrunn av forbrukerens oppfatning og etterspørsel av produktet. I Guidelines on Vertical Restraints²⁵ uttaler Kommisjonen at;

”[...]to produkter er separate hvis, utelukket koblingen, de fra forbrukerens perspektiv, blir kjøpt på to separate markeder. Hvis det ikke er særskilt etterspørsel for det påstått koblede produktet, er produktene ikke separate og en anklage om koblingshandel vil være meningsløs.”²⁶

I Microsoft-dommen står domstolen bak Kommisjonen forståelse²⁷, og viser til at den har støtte i rettspraksis. Denne fremgangsmåten kan kalles for forbrukerperspektivet. Det er ikke et vilkår at det koblede produktet allerede kjøpes separat, dersom det er sannsynlig at det ville bli kjøpt separat om det var mulig.²⁸

I Microsoft-dommen avviser domstolen, med støtte i rettspraksis (Hilti mot Kommisjonen²⁹ og Tetra-Pak II³⁰) Microsofts påstand om at den korrekte måten å finne ut av om det finnes

²³ DG Competition discussion paper, avsnitt 185.

²⁴ DG Competition discussion paper, avsnitt 185 fotnote 118.

²⁵ Guidelines on Vertical Restraints (2000/c 291/01,) avsnitt 216.

²⁶ Sak Comp/C-3/32.792, Microsoft, premiss 803.

²⁷ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 917.

²⁸ DG Competition discussion paper, avsnitt 185.

²⁹ Sak T-30/89 Hilti AG v. Kommisjonen [1990] ECR II-163.

³⁰ Sak C-333/94 P, Tetra-Pak II.

to særskilte markeder er å undersøke om koblingsproduktet, i dette tilfellet operativsystemet, reglemessig ble tilbudt uten det koblede produkt, i dette tilfellet Windows Media Player (WMP), eller om forbrukerne ønsket det koblede produktet.³¹ Påstanden til Microsoft er hentet rett fra ordlyden i artikkel 82 d om at handelssedvanen må legges til grunn. Men domstolen har tolket handelssedvane snevert. Det er altså ikke sånn at dersom det vanlige i markedet er at produktene tilbys samlet, i seg selv utelukker koblingshandel. Denne forståelsen av handelssedvane går også fram at Tetra-Pak II:

”[..]selv når koblingssalg av to produkter er i overensstemmelse med handelssedvane, eller når der er en naturlig forbindelse mellom de pågjeldende to produkter, kan det derfor allikevel utgjøre misbruk i [artikkel 82] s] forstand...”³²

Begrunnelsen for denne uttalelsen er at listen over typer av misbruk i artikkel 82 ikke er uttømmende, og det derfor på tross av at produktene har en naturlig forbindelse eller er i tråd med handelssedvane, kan være misbruk.³³ At forbrukeren kjøper det koblede produktet fra andre tilbydere, viser at forbrukeren anser produktene som særskilte. CFI mener at det faktum at et ikke ubetydelig antall forbrukere skaffer seg andre mediespillere i tillegg til WMP, viser at forbrukeren betrakter produktene som særskilte.³⁴

Også for komplementære produkter, det vil si produkter som er avhengig av det andre for å fungere, kan det foreligge koblingshandel. I Faull & Nikpay³⁵ vises det til Windsurfer-avgjørelsen, der både Kommisjonen og ECJ kom til at salget av surfebrett og seil samlet, utgjorde koblingshandel. En slik løsning bør ikke overraske da det ikke er noe i veien for å kjøpe seilet av en produsent, og brettet av en annen. Den samme løsningen følger også av Hilti og Tetra-Pak II. I Hilti-dommen mente Hilti at spikerpistolen, magasin og spiker måtte sees som helhetlig produkt. Dette aviste CFI. Retten mente:

³¹ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 919.

³² Sak C-333/94 P Tetra-Pak II, premiss 37.

³³ Sak C-333/94 P Tetra-Pak II, premiss 37.

³⁴ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 932.

³⁵ Faull & Nikpay s. 372 avsnitt 4.259.

”Hiltis synspunkt, der pistoler, patronmagasiner og spiker må betraktes som et uatskillelig hele, som et ”spikerpistolssystem”, ville i praksis innebære, at spikerpistolfabrikanter kunne forhindre, at det i deres produkter anvendes annet forbruksgods enn deres eget merke.”³⁶

At det ikke finnes etterspørsel etter koblingsproduktet uten det koblede produktet er ikke av avgjørende betydning. I Microsoft-saken påsto Microsoft at forbrukerne ikke ønsket et operativsystem uten en integrert/allerede installert mediespiller, og at det derfor utelukket koblingssalg. CFI antok at forbrukernes ønske kunne være som beskrevet, men pekte her på at Microsoft ikke tok høyde for mellomledet i bransjen, såkalte OEMer (leverandøren av selve datamaskinen). CFI mente at disse ville tilfredsstille forbrukerne ved å installere en mediespiller, men ikke nødvendigvis den fra Microsoft.³⁷

En påstand om at koblingen følger av handelssedvane vil være et moment som kan tale for at det er ett produkt. Men hva slags vekt en slik påstand har er vanskelig å si. Microsoft-dommen er ikke godt egnet til å finne rekkevidden av handelssedvane som begrunnelse for at det er tale om ett produkt. I avsnitt 940 i dommen, sier domstolen at det vanskelig kan være tale om handelssedvane i et marked som Microsoft utgjør 95 prosent av.³⁸

Selv om et produkt ut fra et teknologisk perspektiv kan sies å være ett produkt, kan det ikke utelukkes at det fra et konkurranserettlig perspektiv kan være to særskilte produkter. I Microsoft-dommen uttaler CFI i innledning til vurderingen av om det foreligger to særskilte produkter følgende:

”Innledningsvis bemerkes, at it- og kommunikasjonssektoren utvikler seg konstant og hurtig, og produkter, som opprinnelig fremtreder som særskilte, kan senere bli betraktet som ett enkelt produkt så vel fra et teknologisk som et konkurranserettslig synspunkt.”³⁹

³⁶ Sak T-30/89, Hilti, premiss 68.

³⁷ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 921-923.

³⁸ Sak T-201/04, Microsoft.

³⁹ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 913.

Selv om uttalelsen i hovedsakelig er ment i forhold til hvilket tidspunktet den angivelige koblingshandelen skal ha funnet sted, viser den også at det går et skille mellom vurderingen av separate produkter i et teknologisk perspektiv og i et konkurranserettslig perspektiv.

Forskjellen mellom det rene handelssedvaneperspektivet og forbrukerperspektivet kan sies å være at handelssedvane i seg selv ikke kan være et avgjørende argument for at det er tale om ett produkt, dersom det fra forbrukerens perspektiv er ønskelig og praktisk å kjøpe produktene separat. Det samme må sies å gjelde der det er en naturlig sammenheng mellom produktene.

4.1.1 Konkret helhetsvurdering for om det er separate produkter

I seg selv gir ikke forbrukerperspektivet alene noe godt svar på spørsmålet om det foreligger ett produkt eller to særskilte produkter. Fra forbrukerperspektivet som utgangspunkt, må det gjøres en konkret helhetsvurdering for å vise hvorfor det foreligger forbrukerretterspørsel etter to særskilte produkter.⁴⁰ I det følgende vil jeg redegjøre for hvilke momenter som er blitt lagt vekt på i rettspraksis av i denne vurderingen.

4.1.2 Det finnes uavhengige produsenter av det koblede produktet

Det at det finnes andre i markedet som tilbyr det koblede produktet uten koblingsproduktet er et vesentlig bevis for at det finnes en særskilt etterspørsel etter dette produktet.⁴¹ I Microsoft la domstolen vekt på at det finnes de som produserer mediespillere uavhengig av at den samme produsenten også produserer operativsystemer som f.eks Apple med Quick Time. Særlig overbevisende fant domstolen det at RealNetworks, som var Microsofts viktigste konkurrent på det omdiskuterte markedet, hadde spesialisert seg på fremstilling og salg av mediespillere alene. Det samme var tilfellet i Hilti-dommen der domstolen anså det faktum at det fantes produsenter som kun produserte spikerbolter til Hilti-spikerpistoler

⁴⁰ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 925.

⁴¹ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 919.

som et vesentlig bevis for at det forelå separate produkter.⁴² I Tetra-Pak II var konklusjonen til domstolen den samme, men med et litt annet utgangspunkt. I anken over dommen fra CFI hevdet Tetra-Pak at artikkel 82 d ikke omfattet kontrakter der to produkter er koblet sammen når det er en naturlig sammenheng mellom produktene. Tetra-Pak hevdet at det i markedet for fylling av aseptiske kartonger var en naturlig sammenheng mellom maskinene og selve kartongen. Domstolen utelukket at det var en naturlig sammenheng mellom produktene ved å vise til funnene fra CFI om at det i langt tid hadde eksistert uavhengige produsenter av ikke-aseptiske kartonger (som ikke samtidig hadde produsert maskiner for fylling av kartongene) – og kom til at det samme måtte gjelde for fylling av aseptiske kartonger – og at det derfor måtte antas å være et eget marked for aseptiske kartonger.⁴³

I Hilti-dommen og Microsoft-dommen kom dommerne til, at det at det finnes uavhengige produsenter som kun produserer det koblede produktet, som et vesentlig bevis for at det utgjør et separat produkt. I Tetra-Pak II utelukkes muligheten for en naturlig sammenheng mellom produktene når det finnes uavhengige produsenter av det koblede produktet. Der Hilti og Microsoft ved å bruke betegnelsen vesentlig bevis, holder døren på gløtt for at det allikevel kan utgjøre et samlet produkt dersom det foreligger andre momenter av styrke, utelukkes denne muligheten i Tetra-Pak II.

Konklusjonen må være at dersom det finnes uavhengige produsenter av det angivelig koblede produktet, vil det utgjøre separate produkter, dersom ikke helt særegne forhold taler i mot en slik konklusjon.

4.1.3 Finansiering

Hvordan kjøperen finansierer produktet kan være et moment i vurderingen av om produktene tilhører forskjellige markeder. I Kommisjonens avgjørelse mot Hilti, la Kommisjonen vekt på hvordan henholdsvis spikerpistolen, magasinet og spikrene finansieres. Kommisjonen mener at spikerpistolen må betraktes som en kapitalinvestering

⁴² Sak T-30/89, Hilti, premiss 67.

⁴³ Sak C-333/94 P, Tetra-Pak II, premiss 36.

som under normale omstendigheter brukes og avskrives over en lengre periode. Mens magasiner og spiker utgjør løpende utgifter for brukeren. Kommisjonen mente dette talte for at produktene tilhørte separate markeder.⁴⁴ I anken for CFI drøftes ikke dette momentet. Det må derfor antas av Kommisjonen gjorde rett i å se dette som et moment i vurderingen om det foreligger særskilte markeder.

4.1.4 Markedsføring og kanaler for salg

Hvordan produktet selges og markedsføres kan være av betydning i vurderingen av om det er særskilte produkter. I Microsoft-dommen viser CFI til tre momenter vedrørende salg og markedsføring som har betydning for konklusjonen om at det forelå to særskilte produkter. For det første peker CFI på at Microsoft selv utvikler og markedsfører versjoner av Windows Media Player til bruk i andre operativsystemer.⁴⁵ For det annet peker CFI på at WMP uavhengig av Windows operativsystem kan nedlastes fra Microsoft sin hjemmeside. Og at nye oppgraderinger og distribusjon av WMP skjer uavhengig av operativsystemet.⁴⁶ Og for det tredje reklamerer Microsoft særskilt for WMP.^{47 48}

I Kommisjonens avgjørelse mot Hilti var det et poeng at spiker og magasiner var særskilte produkter i forhold til spikerpistolen fordi dem ble kjøpt inn etter løpende behov.⁴⁹ Det faktum at flere forbrukere til tross for koblingssalget, i tillegg skaffet seg det koblede produktet fra andre produsenter viser at de oppfatter produktene som særskilte.⁵⁰

⁴⁴ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti, [1987] OJ L 065, premiss 57.

⁴⁵ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 928.

⁴⁶ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 929.

⁴⁷ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 930.

⁴⁸ Sak Comp/C-3/32.792, Microsoft, premiss 810.

⁴⁹ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti, premiss 57

⁵⁰ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 932.

4.2 Konklusjon

Utgangspunktet i vurderingen av om det foreligger to særskilte produkter er forbrukerperspektivet. At koblingen er handelssedvane er ikke i seg selv utslagsgivende. Vurderingen bygger på en konkret helhetsvurdering der momenter som om det finnes uavhengige produsenter av det koblede produktet, finansiering, og hvordan produktet selges og markedsføres er sentrale.

4.3 Kritikk av vurderingen for om det foreligger separate produkter

Kritikken av vilkåret om at det må foreligge separate produkter for at det skal være rettsstridig koblingshandel, har nær forbindelse med det at koblinger av ulike slag er helt vanlig i kommersiell sammenheng.

En ofte påpekt problemstilling er hvordan man skal vurdere nye produkter der ikke finnes noen handelssedvane; de har ingen kommersiell bruk ennå og man har kanskje liten forståelse for produktets natur, herunder funksjon. Whish påpeker at det kan være et seriøst problem for veldig komplekse produkter, som for eksempel multimedia og IT industrien.⁵¹ Også Kommisjonen anerkjenner problemstillingen.⁵²

Et annet problem er at produkter som en gang var en sammensetning av to produkter, senere kan oppfattes som ett produkt. I Full & Nikpay vises det til IBM System 370 saken hvor Kommisjonen kom til at det å selge data hardware med en med helt enkel software var ulovlig koblingshandel, mens slik integrering ble helt vanlig rett etter avgjørelsen. Derfor argumenterer forfatteren med at artikkel 82 bør brukes med forsiktighet for å unngå at man påvirker den teknologiske utviklingen, ved ikke å tillate slik integrasjon.⁵³ I Microsoftdommen tar CFI kritikken på forhånd:

⁵¹ Whish (2008) s. 683.

⁵² DG Competition discussion paper, avsnitt 187.

⁵³ Full & Nikpay (2007) s. 370 avsnitt 4.245.

”Innledningsvis bemerkes, at it- og kommunikasjonssektoren utvikler seg konstant og hurtig, og produkter, som opprinnelig fremtrer som særskilte, senere kan bli betraktet som ett enkelt produkt så vel fra et teknologisk som et konkurranserettslig synspunkt.”⁵⁴

Derfor vurderer CFI ulovligheten av Microsofts angivelige koblingshandel i forhold den til faktiske og teknologiske situasjonen slik den forlår på tidspunktet for den påtalte atferden. Således gir ikke nødvendigvis Microsoft-dommen noe svar på om operativsystemet og WMP fortsatt er to særskilte produkter. Motsatt vil også produkter som en gang var ett, kunne utvikle seg til å være to separate produkter.

Forfatterne Padilla og O’Donoghue mener konklusjonen i Hilti er feil.⁵⁵ I følge Hilti, er A og B separate produkter dersom det finnes et eget marked for B, som bevist ved at det finnes produsenter som bare produserer B. For Padilla og O’Donoghue medfører denne testen at sko med skolisser ikke er ett produkt – hvis det finnes uavhengige produsenter av skolisser. De mener testen ikke tar høyde for at en virksomhet som tilbyr produktet AB, uten å tilby A, ikke påvirker konkurransen, når det ikke finnes etterspørsel etter A alene. De innfører et tilleggskrav for at testen skal være fornuftig. Hvis det ikke er selvstendig etterspørsel etter A, er heller ikke AB to særskilte produkter, selv om det måtte finnes uavhengige produsenter av B. Bare på den måten kan man unngå å prøve saker som sko med skolisser, som forbrukeren oppfatter som ett produkt.

Det kan se ut som at CFI i saken mot Microsoft er innom problemstillingen. Men de kommer seg raskt ut av problemet ved å vise til OEMs rolle i å sammenstille ett produkt sluttbrukeren krever. Og om ikke det var nok viser CFI til at det uansett må antas å være etterspørsel etter operativsystemer uten en mediespiller.⁵⁶

Kritikken til Paddila og O’Donoghue er ikke nyansert nok. Forfatterne skiller ikke mellom kobling av to produkter på salgstidspunktet og ved fremtidige kjøp. Med utgangspunkt i

⁵⁴ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 913.

⁵⁵ Padilla and O’Donoghue (2006) s. 494.

⁵⁶ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 923-924.

sko og skollisse eksempelet, så kan det ikke være noe i veien for at man er tvunget til å akseptere lisser fra samme produsent som skoene på tidspunktet man kjøper skoene, hvis man på det senere tidspunkt når behovet for nye lisser melder seg, står fritt til å kjøpe lissene fra leverandøren av de beste lissene.

Kritikken av fremgangsmåten for avgjøre om det foreligger to separate produkter kan oppsummeres med at alle produkter kan brytes ned i flere deler, testen tar ikke høyde for de tilfeller der det ikke finnes etterspørsel etter et av produktene alene og at vurderingen ikke tar høyde for de fordeler produktsammensetningen gir forbrukeren.

5 Kunden kan ikke velge bort det koblede produktet

Koblingshandel innebærer at to produkter selges samlet. Om kunden kan få kjøpt produktene separat foreligger det ikke koblingshandel. Det kreves derfor at kunden ikke har mulighet til å kjøpe koblingsproduktet uten det koblede produktet for at det skal være snakk om rettsstridig koblingshandel. Dette vilkåret kan omtales som tvangsvilkåret. Denne tvangen kan anta forskjellige former. Det er ikke et vilkår at tvangen er absolutt. Tvangen til å akseptere det koblede produktet oppstår når forbrukeren er fratatt en realistisk mulighet til å kjøpe produktene separat.⁵⁷ Hva som kreves for at dette vilkåret er tilstedet vil undersøkes under.

Tvangsvilkåret har sitt utspring i ordlyden til artikkel 82 d:

”at det stilles som vilkår for inngåelse av en avtale, at medkontrahenten godkjenner tilleggssytelser”.

Der kunden i kontrakten for å få kjøpt produkt a, er forpliktet til også å kjøpe produkt b, er det ikke noe videre problem å klargjøre at tvangsvilkåret er oppfylt. I Microsoft-saken

⁵⁷ Langer (2007) s. 118.

derimot var ikke kunden forpliktet til å kjøpe WMP, den fulgte bare med på kjøpet. Men CFI slo fast at også teknisk tvang var omfattet.⁵⁸

I en artikkel⁵⁹ som analyserer koblingssalg i lys av Kommisjonens avgjørelse mot Microsoft⁶⁰ oppstiller forfatterne Dolmans og Graf ulike typer av tvang. Denne listen kan ikke anses uttømmende, men vil være utgangspunktet for den videre analysen: (i) Virksomheten selger kun A og B samlet, de facto tvang; (ii) teknisk tvang, A fungerer kun sammen med B; (iii) økonomisk kobling, virksomheten gjør det økonomisk urasjonelt å kjøpe A uten B; (iv) virksomheten nekter å gi garantier; eller en kombinasjon av disse.

5.1 A og B selges bare samlet

Det helt klare utgangspunkt for når kunden er fratatt muligheten til å velge koblingsproduktet uten det koblede produktet er når virksomheten setter det som et absolutt vilkår at kunden må kjøpe det ene for å få det andre. Dette innebærer en kontraktsmessig forpliktelse til å kjøpe produkt B om man vil kjøpe A.

I Tetra-Pak II-saken var tilfellet at Tetra-Pak kun solgte fyllemaskiner til fylling av aseptiske og ikke-aseptiske på visse vilkår. Tetra-Pak var dominerende i markedet for disse maskinene. For å kjøpe fyllemaskinene satte Tetra-Pak som vilkår at kjøperne også måtte kjøpe kartonger fra Tetra-Pak eller virksomheter Tetra-Pak godkjente. Videre var kjøpet av maskinene betinget av at Tetra-Pak utførte service på maskinene. Betingelsene hadde den effekt at kjøperen var bundet til Tetra-Pak i hele maskinens levetid.⁶¹ CFI viste til rettspraksis fra ECJ om at det forligger misbruk når en virksomhet direkte eller indirekte binder sine kunder med eksklusive avtaler om kjøpeplikt, fordi det fratar kunden muligheten til selv å velge hvor han skal kjøpe tjenesten.⁶²

⁵⁸ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 963.

⁵⁹ Dolmans og Graf (2004) s.225-224.

⁶⁰ Sak COMP/C-3/37.792, Microsoft.

⁶¹ T-83/91, Tetra-Pak II, premiss 135.

⁶² T-83/91, Tetra-Pak II, premiss 137.

I Hilti besto koblingen i at Hilti gjorde salget av sitt patenterte magasin til spikerpistoler, betinget av at man også kjøpte Hilti-produsert spiker, som ikke var patentert. I Kommisjonens avgjørelse mot Hilti⁶³ fastslo den at dette fratok kunden muligheten til selv å velge leverandør av spiker.

Konklusjonene i Hilti og Tetra-Pak II bør ikke overraske. Det er utvilsomt at en kontraktsforpliktelse som forplikter forbrukeren til å få det koblete produktet fra produsenten for koblingsproduktet, innebærer at forbrukeren fratas muligheten til å velge.

5.2 Teknisk kobling

Teknisk kobling innebærer at det man anser som to separate produkter er integrert med hverandre på en slik måte at de må kjøpes samlet. Teknisk kobling skiller seg fra en kontraktforpliktet kobling ved at det ikke er en avtaleforpliktelse som ligger til grunn for koblingen, men at det separate produktet følger med på kjøpet. Microsoft-saken er den første saken om teknisk kobling som har gått for CFI eller ECJ. Men CFI problematiserer ikke forskjellen under sin drøftelse av tvangsvilkåret. Dette kan skyldes at når man domstolen har kommet til at produktene er separate, så vil måten produktene er koblet på være av mindre betydning.

I Microsoft-dommen kom CFI til det at operativsystemet til Microsoft ble levert med WMP, uten mulighet til å velge den bort, oppfylte vilkåret om at det må aksepteres tilleggssytelser, for å få kjøpt koblingsproduktet.⁶⁴ Det var ikke en avtale som forpliktet kunden til å ta en mediespiller med på kjøpet, men at operativsystemet alltid ble levert med Windows Media Player, uten at det gikk å slette den. CFI kommer til det opplagte; når man ikke kan velge noe bort, innebærer det at det tar fra forbrukeren mulighet til å velge.⁶⁵

⁶³ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti premiss 74.

⁶⁴ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 961.

⁶⁵ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 963.

Microsoft anførte at det ikke ble krevd noen tilleggspris, samt at kunden ikke var forpliktet å bruke WMP eller forhindret fra bruke en mediespiller fra andre produsenter. Domstolen avviste disse argumentene. For det første slo CFI fast i avsnitt 969 i dommen at det ikke var et vilkår etter artikkel 82 d at tilleggsytelsen måtte ha en bestemt pris. Videre sa CFI at det ikke er et vilkår at man må bruke det koblede produktet eller være forhindret fra å bruke produkter fra konkurrerende virksomheter for at vilkåret skal være oppfylt. CFI viste i avsnitt 970 til Kommisjonens bruk av Hilti-dommen som korrekt. Henvisningen til CFI var knyttet til Kommisjonens bruk av Hilti-dommen som et eksempel på at vilkåret om tvang er oppfylt, selv om kundene ikke var tvunget til faktisk bruke det koblede produktet.

Kommisjonen viser kort til virkningen av koblingen av operativsystemet og WMP i avsnitt 835. CFI har ikke fulgt opp virkingsargumentasjonen til Kommisjonen under vurdering av tvangsvilkåret. For CFI er det nok at forbrukeren faktisk er fratatt muligheten til å velge det koblede produktet bort. Således vil tvangen i seg selv oppfylle vilkåret, uten at man må gå nærmere inn på virkningen av tvangen under drøftelsen av dette vilkåret.

Etter dette kan man anta at tvangsvilkåret er oppfylt så lenge forbrukeren ikke kan velge det koblede produktet bort, selv om forbrukeren ikke må betale noe ekstra eller er ikke er forhindret fra å ta andre produkter i bruk.

5.3 Økonomisk kobling

Der det utvilsomt vil utgjøre tvang dersom man er kontraktforpliktet til å kjøpe det koblede produktet, eller der det koblede produktet er teknisk integrert i koblingsproduktet, finnes det økonomiske koblinger der grensen for tvang ikke er like klar. Med økonomiske koblinger menes løsninger der den dominerende virksomheten gir incentiver til å ta det koblede produktet med på kjøpet.

En slik økonomisk kobling kan blant bestå i at man får rabatter for å handle produkter samlet, eller ikke får en rabatt hvis man insisterer på å kjøpe produktene separat. Grensen for når slike økonomiske koblinger utgjør tvang er vanskelig å trekke. Utgangspunktet må

være at, når den økonomiske koblingen utgjør et så sterkt insentiv at ingen rasjonelle forbrukere vil kjøpe produktene separat, vil vilkåret om tvang være oppfylt.⁶⁶ I det følgende vil jeg vise til rettspraksis som har omtalt grensene for når tvangsvilkåret kan anses oppfylt.

I Hoffmann-La Roche⁶⁷ hadde virksomheten, som var produsent av vitaminer, rabattordinger for kunder som kjøpte virksomhetens fulle linje av vitaminer. De ulike gruppene av vitaminer utgjorde separate produkter, og Roche var dominerende i markedet for en stor del av vitaminene. Kontraktene kundene var bundet til var ulike; fra de som krevde at alle produktene måtte kjøpes fra Roche, til de som var bygd opp på en slik måte at kunder som ville skaffe seg vitaminer fra konkurrerende produsenter, mistet rabatten på alle de andre vitaminene de fortsatt måtte kjøpe fra Roche, men som ellers ikke satte vilkår om tilleggssytelser. Også de minst inngripende kontraktene ble av ECJ oppfattet som misbruk. ECJ kom til at det forlåg et "sterkt insentiv" til å kjøpe alt fra Roche, og at rabattsystemet oppfylte vilkåret om at kunden må akseptere tilleggssytelser for å få inngå kontrakten. Roche hevdet på sin side at kunden sto fritt til å kjøpe produkter fra andre produsenter, og at konsekvensen bare var at de mistet rabatter. Til dette uttalte ECJ at:

"[...] kontraktene [innebar] dog alltid en så sterk tilskyndelse til utelukkende å kjøpe fra Roche, at de alene av denne årsak må betraktes som misbruk av en dominerende stilling."⁶⁸

I Michelin I-dommen⁶⁹ var temaet også rabatter. Men rabattene ble gitt ettersom om kundene oppfylte satte kjøpsmål målt i volum, i motsetning til Hoffmann-La Roche der rabattene var avhengig av lojalitet. ECJ sa at for å vurdere om Michelin hadde misbrukt sin dominerende posisjon måtte de blant annet undersøke om rabatten;

⁶⁶ Faull & Nikpay (2007) s. 370 avsnitt 4.250.

⁶⁷ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche.

⁶⁸ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche, premiss 110.

⁶⁹ Sak 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mot Kommisjonen, [1983] ECR 03461, (Michelin I).

”[...]har fjernet eller begrenset kjøperens muligheter for å foreta innkjøp etter et fritt valg”⁷⁰

Michelin ga kundene sine rabatter dersom dem, på slutten av året, hadde kjøpt en viss mengde dekk. Men rabatten var ikke en ren kvantumsrabatt. Den slo først inn når man hadde kjøpt over et gitt nivå. Rabatten var liten, den varierte mellom 0,2 og 0,4 prosent. Men ECJ slo fast at effekten av rabatten ikke alene kunne avgjøres på størrelsen av rabatten.⁷¹ Rabatten ble gitt for kjøp over et helt år. ECJ mente at dette hadde den iboende effekten, at den mot slutten av året, økte presset på kjøperen til å klare målet for å oppnå rabatten, eller for å unngå tap for hele perioden.⁷² Virkningen av rabatten ble ytterligere forsterket av den store forskjellen i markedsandelen mellom Michelin og dens konkurrenter, fordi en konkurrent ville måtte gi et tilbud som måtte kompensere tapet av rabatten fra Michelin på et relativt lite salg, om dekkforhandleren skulle velge å kjøpe fra konkurrenten. På den måten virket rabatten, selv om den var ganske liten, slik at konkurrentene i liten grad kunne oppveie ulempene eller gi fordeler til innkjøperen ved ikke å handle med Michelin.⁷³ Videre var mangelen på gjennomsiktighet i Michelins rabattsystem medvirkende til å binde dekkforhandlerne til Michelin. Forhandlerne fikk ikke oppgitt størrelsen på rabatten eller kjøpsmålet skriftlig, slik at de ble satt i uvisshet om effekten av å oppnå eller ikke oppnå kjøpsmålet.⁷⁴ Etter en helhetsvurdering av rabattordningens løsninger som vist over, kom ECJ til at rabattene fratok dekkforhandlerne frihet til fritt å velge de beste tilbudene i markedet.⁷⁵

I Hoffmann-La Roche oppstilte ECJ et krav om at rabatten må gi et ”sterkt insentiv” til å akseptere tilleggsytelser for å kontrakt om kjøp av hovedproduktet, for at vilkåret skal være oppfylt. I Michelin I var satte ECJ som krav at rabatten har til virkning at den fjerner eller begrenser kjøperens frihet. Det er i mitt syn ikke et mildere krav til vilkåret om at kjøperen

⁷⁰ Sak 322/81, Michelin I, premiss 73.

⁷¹ Sak 322/81, Michelin I, premiss 80.

⁷² Sak 322/81, Michelin I, premiss 81.

⁷³ Sak 322/81, Michelin I, premiss 82.

⁷⁴ Sak 322/81, Michelin I premiss 83.

⁷⁵ Sak 322/81, Michelin I premiss 85.

må akseptere tilleggsytelser for å få inngått kontrakten i Hoffmann-La Roche, sammenlignet med Michelin I. At ECJ gikk lenger i å vise til virkningen av rabatten i Michelin I, skyldes rabattens ulikhet og iboende virkning. I Hoffmann-La Roche var rabatten utformet slik at et hvert kjøp av konkurrerende produkter førte til et fullstendig tap av rabatt og at man derfor kunne holde det for sannsynlig det i seg selv var et sterkt insentiv til å kjøpe alt fra Roche. I Michelin I var ikke rabatten i utgangspunktet like bindene, men retten konkluderte, etter en helhetsvurdering, at effekten av rabatten virket konkurransebegrensende.

I Hilti mot Kommisjonen, slo Kommisjonen fast at reduksjonen i rabatter samt andre diskriminerende vilkår var forbudte siden de ikke ga kunden et valg om hvor han skulle kjøpe spikrene.⁷⁶

Tilsvarende til rabattordninger som er betinget av kjøp av produktene i en kobling, er garantiforpliktelser som er betinget av at man kjøper alle produktene fra en produsent. I Faull & Nikpay nevnes et eksempel på at kundene ble tvunget til å akseptere tilleggsytelser fra produsenten av insulinpennene. Novo Nordisk, en produsent av insulinpennene, nektet å ta på seg ansvaret for funksjonsfeil eller gi garantier på pennene dersom kundene brukte kompatible deler, for eksempel nåler, fra konkurrerende virksomheter.⁷⁷ Det samme var tilfellet i Hilti.

5.4 Konklusjon

Oppsummert kan vilkåret om at kunden må akseptere tilleggsytelser, eller tvangsvilkåret, anses oppfylt når forbrukeren/kunden ikke har en realistisk eller økonomisk frihet til å kjøpe produktene separat. I Langer er testen forslått å være:

”å undersøke om kunden har et meningsfullt kommersielt valg om å kjøpe produktene separat.”⁷⁸

⁷⁶ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti, premiss 75

⁷⁷ Faull & Nikpay (2007) s. 370 avsnitt 4.249.

⁷⁸ Langer (2007) s. 119.

Tvangsvilkårets mål i det minste ansees oppfylt der prisen for koblingen er den samme som om kunden velger koblingsproduktet uten det koblede produktet. Det at kunden ikke må betale for, eller ikke er forpliktet til å bruke det koblede produktet, forhindrer ikke at tvangsvilkåret er oppfylt. Det avgjørende er om kunden har valget om å kjøpe produktene separat.

6 Konkurransbegrensende effekt – Ulike tester

Det må være klart at for at koblingshandelen skal være ulovlig, så må den ha en negativ virkning på konkurransen. Spørsmålet er hvordan denne effekten skal påvises. Ordlyden i artikkel 82 gir ikke særlig veiledning. Fremgangsmåten for å vise den negative effekten av koblingen er utviklet gjennom rettspraksis.

6.1 Konkurransbegrensende effekt

For at koblingshandelen skal være rettsstridig etter artikkel 82 kreves det at den kan skade konkurransen. Utfordringen når man skal konkludere med om en virksomhet har bedrevet konkurransehindrende oppførsel er å skille slik rettsstridig handling fra sunn og legitim konkurranse. Temple Lang og O'Donoghue beskriver utfordring følgende:

”For det første ligner legitim konkurranse og konkurransehindrende oppførsel veldig. [...][...], både legitim konkurranse og konkurransehindrende oppførsel skader konkurrenten, men for den førstnevnte, er slik virkning en vesentlig del av et en fungerende konkurranseprosess.”⁷⁹

Virkningen av koblingshandel er som regel at man hindrer konkurrenter tilgang til markedet for det koblede produktet, i større eller mindre grad.⁸⁰ Men den konkurranseskadelige virkningen kan også være prisdiskriminering og høyere priser.⁸¹

⁷⁹ Temple Lang og O'Donoghue (2005) s. 38.

⁸⁰ DG Competition discussion paper, avsnitt 188.

⁸¹ DG Competition discussion paper, avsnitt 179.

Vilkåret er formulert i Microsoft-dommen⁸² som et av fem vilkår som må være oppfylt for at koblingshandelen skal være rettsstridig. For at virkningen av koblingshandelen skal inntre må en stor nok del av markedet være påvirket på grunn av koblingen.⁸³

I Hoffmann-La Roche er konkurransebegrensede misbruk definert på følgende måte:

”Misbruksbegrepet er et objektivt begrep, som omfatter en av en markedsdominerende virksomhet utvist atferd, som etter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurransen nettopp som følge av den pågjeldende virksomhets tilstedeværelse allerede er svekket, og som bevirker, til at det legges hindringer i veien for å opprettholde den ennå bestående konkurranse på markedet eller utviklingen av denne konkurranse som følge av, at det tas andre midler i bruk enn i den normale konkurranse [...]”⁸⁴

I sitatet hentet fra Hoffmann-La Roche ligger det en avgrensning av misbruk av dominerende stilling mot legitim konkurranse. Det er når det tas i bruk andre midler enn i den normale konkurranse at det kan foreligge misbruk. Det er konkurransehindrende virkninger som bare er mulige på grunn av en virksomhets dominerende posisjon som man vil ramme.

I Kommisjonens discussion paper, som et uttrykk for Kommisjonens forståelse av rettspraksis, er uttalelsen sitert⁸⁵ og sitatet følges opp med en definisjon av konkurransebegrensende misbruk:⁸⁶ (i) Handlingen må for det første ha en iboende/naturlig evne til å hindre konkurrenter adgang til markedet. For å bevise en slik evne er det normalt nok å undersøke formen og karakteren av handlingen. (ii) I kontekst av det pågjeldende markedet må en sannsynlig konkurransebegrensende effekt påvises. Med konkurransebegrensning menes at aktuelle eller potensielle konkurrenter helt eller delvis er fratatt muligheten til en inntektsgivende tilgang til markedet. Det er nok at konkurrentene

⁸² Sak T-201/04, Microsoft, premiss 842.

⁸³ DG Competition discussion paper, avsnitt 188.

⁸⁴ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche, premiss 91.

⁸⁵ DG Competition discussion paper, avsnitt 57.

⁸⁶ DG Competition discussion paper, avsnitt 58-60.

får en ufordel som igjen fører til at de konkurrerer mindre aggressivt. (iii) For å sannsynliggjøre at handlingen har en konkurransebegrensende effekt, er det normalt ikke nok å ta hensyn til formen og karakteren av handlingen, men man også ta hensyn til konkret hvordan det dominerende foretaket gjør bruk av handlingen i markedet, inkludert markedsandelen handlingen omfatter, eller om det er en selektiv konkurransehindring av nykommere eller gjenværende konkurrenter. Andre markeds karakteristika som nettverkseffekter og stordriftsfordeler kan også være momenter. Generelt kan det sies at jo større mulighet handlingen har til å virke konkurransebegrensende, dess videre den virker og dess sterkere den dominerende posisjonen er, jo større er sannsynligheten for konkurransebegrensende effekt. (iv) Når det er utvilsomt at den konkurransebegrensende handlingen ikke er konkurranse på grunnlag av dyktighet, og særlig når handlingen utvilsomt ikke gir fordeler og bare legger hindringer for gjenværende konkurranse, vil slik oppførsel presumeres å være misbruk. Men det dominerende selskapet vil ha rett til å motbevise denne presumpsjonen.

6.2 Når er vilkåret om konkurransebegrensende effekt oppfylt?

I Microsoft-dommen viser CFI til Kommisjonens avgjørelse mot Microsoft,⁸⁷ der Kommisjonen i en uttalelse begrunner hvorfor det i Microsoft-saken kreves en nærmere undersøkelse av virkningen koblingssalg har på konkurransen. Uttalelsen som er gjengitt i avsnitt 977 i dommen lyder som følgende:

”For så vidt angår koblingssalg av [Windows Media Player] forligger det [...] omstendigheter, som gir grunn til nærmere å undersøke, hvilken innvirkning denne praksis har på konkurransen. Mens Kommisjonen og Fellesskapets rettsinstanser i de klassiske saker om koblingssalg har funnet, at koblingssalg av et særskilt produkt og det dominerende produkt er ensbetydende med at, det foreligger utelukkende den virkning, denne praksis har for konkurrerende leverandører, kan det ikke nektes at brukerne i det forliggende tilfelle kan skaffe seg sig andre multimediespillere over internett – noe de forøvrig gjør – undertiden gratis. Det er derfor gode grunner til ikke uten ytterligere undersøkelse å anse det for sikkert, at koblingssalg av [Windows Media Player] utgjør en atferd som på grunn av selve sin karakter kan utelukke konkurransen.”

⁸⁷ Sak Comp/C-3/32.792, Microsoft.

For det første viser uttalelsen til klassiske saker om koblingssalg har vært tema for Kommisjonen og domstolene. Og at de skiller seg fra Microsoft-saken ved at Kommisjonen og domstolene i de klassiske koblingsakene fant vilkåret om konkurransebegrensende effekt oppfylt ved å vise til at et dominerende produkt var koblet med et annet særskilt produkt. Mens det i Microsoft-saken var gode grunner for at virkningen av handlingen måtte undersøkes nærmere siden det ikke var noe krav om at man måtte bruke det koblede produktet og at man kunne laste ned konkurrerende mediespillere gratis.

I de tidlige sakene om koblingshandel sluttet domstolen at konkurransebegrensende effekt forelå når den fant at en dominerende virksomhet hadde koblet to produkter. Domstolen holdt det med andre ord for sannsynlig at konkurransen ble påvirket negativt så lenge formen var tilstedet. Nedenfor vil jeg gjøre rede for hvordan domstolene og Kommisjonen har forholdt seg til vilkåret om konkurransebegrensende effekt skal være oppfylt og gjøre rede for utviklingen av vilkåret slik det går frem av rettspraksis.

6.3 Per se ulovlighet

En per se tilnærming til reglene om misbruk av dominerende markedsrett innebærer at det konkluderes med misbruk, hvis gitte forutsetninger er oppfylt, uten at man nærmere vurderer om handlingen har en skadelig effekt på markedet. Årsaken til at man velger en slik tilnærming er i følge Whish, at man anser noen praksiser som så opplagt skadelige at bevis om negative virkninger ikke trenger å føres.⁸⁸ I de tidligere sakene om koblingshandel kan det se ut til at ble koblingshandel av dominerende virksomheter ble lagt til grunn å være forbudt i seg selv. Det ble ikke gjort videre undersøkelse av virkningen av koblingen, så lenge dominans og kobling av to separate produkter var slått fast. Ifølge Langer⁸⁹ ble dominansen i et marked lett antatt å være stor nok til at virksomheten kunne handle uavhengig av de andre i markedet, og en nærmere vurdering av om man hindret konkurrenter adgang til markedet virker ikke å ha vært av særlig betydning. Det faktum at

⁸⁸ Whish (2008) s. 196.

⁸⁹ Langer (2007) s. 123.

en dominerende virksomhet koblet eller pakket to produkter, og at handel mellom statene ble påvirket, var nok til at Kommisjonen kunne konkludere med at virksomheten misbrakte sin dominerende posisjon⁹⁰ De sakene jeg referer til i det følgende er fra 1980-tallet.

Den strenge tilnærmingen til koblingsaker viste seg i Hoffmann-La Roche⁹¹ der domstolen forsvarte den strenge tilnærmingen med det argument at, i et marked der selve tilstedeværelsen av med en dominerende virksomhet alene, svekker konkurransen, og derfor vil ytterligere innblanding i markedsstrukturen sannsynelig kunne eliminere all konkurranse.⁹²

I Michelin I-saken ble Michelin, en produsent av dekk til lastebiler og lignende, beskyldt for å frata forbrukerne valget av hvor de skulle kjøpe dekkene sine fra. Michelin var dominerende i det aktuelle markedet. Koblingen besto i at kunden fikk rabatter om de kjøpte over en viss mengde dekk. I Kommisjonen avgjørelse gjøres ingen nærmere vurdering av hvordan konkurransen begrenses. Kommisjonen slo fast at Michelin hadde en dominerende posisjon og derfor hadde mulighet til å binde kundene på en måte konkurrentene ikke hadde. Videre uttaler Kommisjonen at:

”Det å koble kjøp til en leverandør som har en dominerende stilling, som er intensjonen av NBIMs [Michelin] markedsstrategi, innebærer misbruk innenfor artikkel [82].”⁹³

Med andre ord var konklusjonen til Kommisjonen at koblingssalg gjort av en virksomhet med en dominerende stilling per se var ulovlig – og derfor trengte den ikke nærmere vurdere virkningene av handlingen.

I British Sugar⁹⁴ besto misbruket i at British Sugar som var dominerende både i detalj- og industrimarkedet for sukker solgte sukkeret på det vilkår at kjøperen aksepterte at

⁹⁰ Langer (2007) s. 123.

⁹¹ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche.

⁹² Sak 85/76, Hoffmann-La Roche, premiss 91.

⁹³ Sak IV.29.491, Michelin I premiss 49.

British Sugar også leverte sukkeret. Også i denne saken uttaler Kommisjonen at handlingen utgjør et misbruk uten nærmere å undersøke virkningene. I premiss 71 i dommen uttaler Kommisjonen følgende:

“Kommisjonen antar at BS har misbrukt sin dominerende posisjon i markedet for sukker ved å nekte sine kunder valget mellom å kjøpe sukker til en fabrikkpris eller pris etter levering, og på den måten har reservert for seg selv den tilleggstenesten det er å levere sukker, og på den måten eliminerer all konkurranse når det gjelder levering av produktet”.

Også her konkluderer Kommisjonen med misbruk uten å nærmere gå inn på virkningene.

London European/Sabena⁹⁵ er ytterligere en avgjørelse der Kommisjonen konkluderer med misbruk av dominerende stilling på grunn av en kobling, uten å undersøke effekten av den nærmere. Sabena, var dominerende i det belgiske markedet for elektroniske billettreservasjonssystemer. London European, et privateid britisk flyselskap, påsto at Sabena ved å gi LE tilgang til billettreservasjonssystemet på det tilleggsvilkår at LE måtte inngå kontrakt om bakkeservice, misbrakte sin dominerende posisjon. Kommisjonen kom til at å koble tilgangen til billettsystemet med en kontrakt om bakkeservice var ulovlig fordi de to tjenestene ikke hadde noen sammenheng med hverandre.⁹⁶

To dommer fra ECJ fulgte opp Kommisjonens per se tilnærming til koblingssaker på 1980-tallet i følge Langer.⁹⁷ Den første er Telemarketing.⁹⁸ ECJ fikk tilsendt en koblingsak fra en domstol i Luxembourg. Et telemarketingselskap, CBEM, mente at det nasjonale tv-monopolet, CLT, misbrakte sin dominerende posisjon ved å nekte CBEM å fornye tv-

⁹⁴ Sak IV/30.178, Napier Brown mot British Sugar, [1998] OJ L 284.

⁹⁵ Sak IV/32.318, London European mot Sabena, [1988] OJ L 317.

⁹⁶ Sak IV/32.318, London European mot Sabena, premiss 31.

⁹⁷ Langer (2007) s. 125.

⁹⁸ Sak 311/84, Centre Belge d'Etudes de Marche Telemarketing v CLT, [1985] (Telemarketing).

reklamekontrakten hvis de ikke aksepterte å bruke et av datterselskapene til CLT sine telefonnumre til sin markedsføring. Med andre ord at CLT prøvde å koble salget av tv-reklameplass med telemarketingtjenester. Ved å bruke sin monopolstilling i markedet for tv-reklameplass ville CLT styrke sin posisjon i markedet for levering av telemarketingtjenester. ECJ forholdt seg til den nasjonale domstolens oppfatning om at telemarketingtjenester og tilgang til reklamemedier utgjorde separate markeder. ECJ konkluderte med at CLT hadde misbrukt sin dominerende posisjon ved å bruke en lignende formulering som i British Sugar:

”[...] misbruk i betydningen av artikkel [82] er oppfylt når, uten noen objektiv begrunnelse, en dominerende virksomhet på et særskilt marked reserverer for seg selv eller en virksomhet som kontrolleres av den samme, en tilleggstjeneste på et tilgrensende, men separat marked, med mulighet til å eliminere all konkurranse fra slik virksomhet”⁹⁹

ECJ konkluderer med at en slik kobling kan eliminere all potensiell konkurranse, men forsøker ikke på noen måte å sannsynliggjøre denne påstanden. Det kan derfor sies at koblingen ble kjent ulovlig per se.

Den andre dommen Langer trekker frem som en per se ulovlighetsvurdering av misbruk av dominerende stilling er Alsatel.¹⁰⁰ Alsatel, en tilbyder av telekommunikasjonstjenester og dominerende i sitt geografiske marked, satte som vilkår i kontrakten med Novasam, et vikarbyrå, at all service og reparasjoner skulle utføres eksklusivt av Alsatel. Med andre ord ble Novasam bundet til å akseptere en serviceavtale med Alstatel grunnet Alsatels dominerende posisjon. ECJ som ble forelagt saken av en nasjonal domstol for uttalelse, mente at selv om en plikt ble pålagt kunden til eksklusivt å forholde seg til installatøren kunne rettferdiggjøres fordi installatøren fortsatt var eier av installasjonene, var det faktum at prisene egenhendig ble satt av installatøren nok til at det kunne foreligge misbruk så

⁹⁹ Sak 311/84, Telemarketing, premiss 27.

¹⁰⁰ Sak 247/86, Societe alsacienne et lorraine de telecommunications et d’electronique v. Novasam [1988] (Alsatel).

lenge vilkårene for misbruk var oppfylt¹⁰¹ Deretter beskrev ECJ vilkårene i premiss 11 og 12 i dommen. Det ene var at handelen mellom medlemsstatene var påvirket, og det andre at Alsatel måtte være dominerende i det relevante markedet. Langer peker på side 126 i boken,¹⁰² at det at ikke ble nevnt noe om virkningen av Alsatels oppførsel viser ECJs per se tilnærming.

Kommisjonens og ECJs rettspraksis fremtitt over viser det strenge utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger rettsstridig koblingshandel. I alle sakene ble misbruk slått fast på grunnlag av at to separate produkter var koblet og at virksomhetene hadde en dominerende stilling i markedet. Effekten av misbruket slås fast som en naturlig følge av den dominerende posisjonen og koblingen, men den sannsynliggjøres ikke nærmere.

Men det må pekes på det særskilte i sakene. I British Sugar, Telemarketing og Alsatel var tilfellet at selskapene direkte eller indirekte hadde monopolstilling i markedet. I Michelin og Telemarketing var Kommisjonen og ECJ inne på at virksomhetene hadde til hensikt å begrense konkurransen i markedet.

6.4 Modifisert per se

Det er hevdet av flere at det skjedde en utvikling av artikkel 82 utover 1990-tallet. Etter den strenge per se fortolkningen av regelen slik jeg har vist den ble praktisert på 80-tallet, inntok Kommisjonen og domstolene tilsynelatende en mindre streng fortolkning av misbruksregelen. Langer mener å kunne vise at utviklingen hadde en dobbel side. På ene siden, mener Langer, at per se tilnærmingen ble fastslått og videreført. På den andre siden, mener han, at døren ble åpnet for modifiseringer av per se tilnærmingen. Denne nye tosidige tilnærmingen Langer¹⁰³ mener å ha funnet, er basert på fire relaterte grener; (i) fastslåingen av per se tilnærmingen i pakkeløsningssaker, (ii) muligheten til å

¹⁰¹ Sak 247/86, Alsatel, premiss 69.

¹⁰² Langer (2007) s. 126.

¹⁰³ Langer (2007) s. 127-132.

rettferdiggjøre bindinger og pakkelsninger, (iii) tendens til å gi en økonomisk forklaring for koblingen (iv) behovet for markedstilpassninger anerkjennes.

I det følgende vil jeg vise til rettspraksis som kan være med å underbygge spørsmålet om Kommisjonen og domstolene utover 1990-tallet i større grad tok hensyn til virkningen av handlingen i drøftelsen av om det forelå misbruk av dominerende stilling.

I Hilti¹⁰⁴ ble virksomheten funnet å ha misbrukt en dominerende posisjon, som følge av at den blant annet kun solgte magasin til spikrene sammen med spiker. Det fantes uavhengige produsenter av spikre som klaget Hilti inn for Kommisjonen fordi de mente at ved å binde salg av magasiner til salg av spikre kunne Hilti utelukke konkurrenter (produsenter av spikre) fra markedet. Kommisjonen fant at Hilti var dominerende i tre relevante markeder; for spikerpistolene, spiker og spikermagasiner.¹⁰⁵ Og at Hilti brukte sin dominerende posisjon, da spesielt i markedene for spikermagasiner og spikrer, til å utelukke konkurransen på markedet for spiker.¹⁰⁶ I premiss 75 i Kommisjonens avgjørelse uttaler den følgende:

”Denne praksis medvirker til, at forbrukeren ikke har noe valg med hensyn til sin forsyningskilde av spiker, og betyr således, at kunden utnyttes. Disse forskjellige former for praksis har til formål eller virkning å utelukke uavhengige fabrikanter av spiker, som ville kunne true Hiltis dominerende stilling.”

Kommisjonen viser her hvordan den fortsetter en per se tilnærming. Kommisjonen skiller ikke mellom om virkningen av handlingene faktisk utelukker konkurranse, eller om praksis har til formål å utelukke konkurransen. På den annen side argumenterer Kommisjonen i Hilti med hvilken virkning Hiltis opptreden har på konkurransen, men den er ikke basert på nærmere analyse av hva virkningen faktisk er eller kan være. Kommisjonens avgjørelse i

¹⁰⁴ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti.

¹⁰⁵ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti, premiss 57.

¹⁰⁶ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti, premiss 74.

Hilti, ble fulgt opp både av CFI¹⁰⁷ og ECJ,¹⁰⁸ om enn bare med litt mindre inngående argumentasjon.

Tetra-Pak II¹⁰⁹ følger argumentasjonen fra Hilti. Kommisjonen konkluderte med at Tetra-Pak hadde misbrukt sine, samlet sett, dominerende posisjoner i markedene for aseptiske og ikke-aseptiske tappemaskiner og kartonger.¹¹⁰ Kommisjonen viste ikke til virkningen av misbruket utover å slå fast at Tetra-Paks dominerende posisjon i markedet ga selskapet anledning til å påtvinge kjøperne kontraktsforpliktelser som hadde til formål å binde kundene til Tetra-Pak.¹¹¹ Dette er samme type argument som Kommisjonen tok i Hilti - virkningsvilkåret er oppfylt allerede i det den dominerende virksomheten pålegger kjøperen kontraktsvilkår som er egnet til å binde kjøperen til virksomheten. CFI opprettholdt Kommisjonens avgjørelse. I premiss 137 i dommen¹¹² viser CFI, en per se tilnærming når den slår fast at en handling som er akseptabel i en normal situasjon, i et marked med konkurranse, ikke er akseptabelt i et marked hvor konkurransen allerede er svekket. I den forbindelse viser CFI til dommer fra ECJ (Hoffmann-La Roche¹¹³ i premiss 89 og 90, og Akzo¹¹⁴ i premiss 149) som har slått fast at virksomheter i en dominerende posisjon som direkte eller indirekte binder sine kunder, ved å frata dem muligheten til å velge selv hvor de skal kjøpe produktene fra, eller hindrer konkurrentene tilgang til markedet, misbruker sin posisjon. Men ECJ opprettholdt CFIs dom.¹¹⁵ Langer viser på side 129¹¹⁶ til

¹⁰⁷ Sak T-30/89 Hilti.

¹⁰⁸ Sak C-53/92 P, Hilti AG mot Kommisjonen [1994] ECR I-00667.

¹⁰⁹ Sak IV/31043, Tetra-Pak II, [1992] OJ L 72.

¹¹⁰ Sak IV/31.034, Tetra-Pak II, premiss 104.

¹¹¹ Sak IV/31.034, Tetra-Pak II, premiss 105.

¹¹² Sak T-83/91, Tetra-Pak International SA mot Kommisjonen [1994] ECR II-00755

¹¹³ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche.

¹¹⁴ Sak T-112/05, Sak T-112/05, Akzo Nobel NV og andre mot Kommisjonen [2007] ECR II-05049

¹¹⁵ Sak C-333/94 P, Tetra-Pak International SA mot Kommisjonen [1996] ECR I-05951, premiss 51.

¹¹⁶ Langer (2007).

Generaladvokatens uttalelse i forbindelse med Tetra-Pak II.¹¹⁷ I premiss 69 i uttalelsen går Generaladvokaten langt i slå fast per se tilnærmingen ved å uttale at koblingshandel av en dominerende virksomhet er misbruk;

”[...]fordi det fratar kjøperen valget av potensielle leverandører og begrenser adgangen til markedet for andre produsenter... det er bare i helt spesielle tilfeller at koblingssalg av en dominerende virksomhet kan forsvares ut fra produktets art eller kommersielle bruk.”

Det andre som særpreger tilnærmingen utover 90-tallet, i følge Langer, er muligheten til å forsvare/begrunne koblingssalg. Om ikke annet, så i alle fall i prinsippet.¹¹⁸ Fremstillingen vil behandle objektiv begrunnelse i eget kapitel. Men det at Kommisjonen og domstolen åpner for at koblingshandelen kan objektivt begrunnes, går i retning av at de vil kunne akseptere koblingshandelen så lenge den kan forsvares.

Langers fremstilling av utviklingen av misbruksregelen, til en modifisert per se tilnærming, viser som en tredje faktor hvordan man ser en tendens til at økonomiske forklaringer gis for koblingshandel.¹¹⁹

I Sacem Tournier¹²⁰ måtte ECJ ta stilling til om Sacems, en fransk forvalter av musikkrettigheter, nektelse av å gi diskoteker og utesteder tilgang til bare deler av musikkrepertoaret, utgjorde misbruk av dominerende markedsrett. Sacem ga bare tilgang til de utenlandske musikkrettighetene de forvaltet på vilkår av at man betalte royalties for hele repertoaret. Sacem kan derfor sies å ha koblet rettighetene til den utenlandske musikken sammen med rettighetene til den franske. Kommisjonen som kom med sitt syn til domstolen, viste til effektivitetshensyn.¹²¹ Derunder at en fragmentering av repertoaret ville

¹¹⁷ Sak C-333/94 P, Generaladvokat Colomers uttalelse. Tetra-Pak International SA mot Kommisjonen [1996] ECR I-05951.

¹¹⁸ Langer (2007) s. 129.

¹¹⁹ Langer (2007) s. 130.

¹²⁰ Sak 395/87, Ministère public mot Jean-Louis Tournier [1989] ECR 02521 (Sacem Tournier).

¹²¹ Sak 395/87, Sacem Tournier, premiss 29.

gi praktiske vanskeligheter. Diskotekene ville miste muligheten til fritt å velge hva slags musikk de skulle spille, og viktigere at en deling av hvilken musikk man eventuelt skulle ha rett eller ikke rett til å spille kunne føre til høyere overvåkningskostnader av rettighetene, noe som igjen kunne føre til høyere kostnader for kunden.

I Langers bok¹²² viser han til endringer i vurderingen av dominansen som en fjerde faktor i sin oppfattelse av den modifiserte per se tilnærmingen. Hvordan man vurderer om en virksomhet har en dominerende posisjon i markedet er viktig, siden dominerende markedsrett er et grunnvilkår i artikkel 82. I de tidligere sakene mener Langer at den dominerende markedsmakten relativt lett ble antatt i de tidligere sakene,¹²³ men at Kommisjonen i Hilti¹²⁴ gjorde en innsats for å bevise dominansen. Dominansen er et eget vilkår, men med hensyn til at funnet av en dominerende virksomhet som er funnet å ha koblet to produkter i seg selv har vært nok til å konkludere med misbruk, fordi man ut fra de to har antatt en virkning av koblingshandel (se under per se), kan det være riktig, som Langer er inne på, å si at en mer nøyaktig redegjørelse av dominansen, dermed innebærer at man har åpnet for en vurdering av virkningen.

Over har jeg forsøkt å vise hvordan regelen har utviklet seg med hensyn til virkningsvilkåret. Fra å være en nesten ren formregel, der det var nok å vise til dominerende markedsrett og at kobling mellom to produkter var nok, tok Kommisjonen og domstolene i bruk regelen slik at det i alle fall ble åpnet for at virkningen av kobling måtte drøftes. Uansett må redegjørelsen over ikke forstås som en utgreiing av ikke lenger relevant rettspraksis i forhold til krav om at koblingshandelen må ha en konkurransebegrensende effekt. Rettspraksisen er fortsatt relevant, men nyere rettspraksis kan ha endret vilkåret noe.

¹²² Langer (2007) s. 130.

¹²³ Langer (2007) s. 132.

¹²⁴ Saker IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mot Hilti.

6.5 Virkningsvurdering

Der Kommisjonen og domstolene i de klassiske koblingssakene fant at konkurransebegrensende effekt sannsynlig var følgen når en dominerende virksomhet koblet to produkter – krever en virkningsbasert analyse at man faktisk vurderer effektene av handlingen nærmere. Begrunnelsen for en mer virkningsbasert tilnærming er at det ikke er åpenbart at en dominerende virksomhets kobling av to produkter utelukkende har en konkurransebegrensende effekt.

Over har jeg vist hvordan reglene om konkurransebegrensende handlinger i begynnelsen kan sies å være gjort ulovlige per se. Det vil si at så lenge formen kunne konstateres, sluttet man derav at virkningen av handlingen var konkurransebegrensende. Kommisjonens og domstolenes forståelse av regelen åpnet etter hvert for at selv om formen kunne konstateres, holdt de det åpent for at virkningene kunne forsvares, såkalt modifisert per se ulovlighet tilnærming. Spørsmålet er så om det etter dette har skjedd en videre utvikling.

Fremstillingen vil svare på om domstolene gjennomfører en mer virkningsbasert analyse enn tidligere. Fremstillingen vil også gjøre bruk av Kommisjonens discussion paper, da det er en sammenfatning av rettspraksis slik Kommisjonen oppfatter den. To problemstillinger er relevante i forhold til spørsmålet om domstolen foretar en mer virkningsbasert analyse enn tidligere. For det første å etablere utviklingen slik den fremgår av rettspraksis. Og for det andre om vurderingen tar utgangspunktet i effekten på konkurransestrukturen eller forbrukeren.

6.5.1 Utviklingen av vilkåret om konkurransebegrensende effekt?

Har domstolene og Kommisjonen satt krav til en mer virkningsbasert analyse av vilkåret om konkurransebegrensende effekt? Microsoft-saken viser en tendens til å være en virkningsbasert analyse av koblingshandel som misbruk av markedsmakt. I Microsoft-dommen anså CFI det nødvendig å gjøre en nærmere vurdering av den konkurransebegrensende virkningen av koblingen av WMP til operativsystemet. Begrunnelsen var at koblingen ikke åpenbart utelukket konkurransen, fordi forbrukerne

hadde muligheten til å velge å bruke en annen mediespiller, siden andre mediespillere kunne anskaffes gratis fra internett.¹²⁵

En sak som kom før Microsoft-dommen, Van den Bergh-dommen¹²⁶ fra 2003, viser også tendenser til en mer virkningsbasert tilnærming. Faktum i saken ligner litt på forholdene i Microsoft. Van den Bergh var dominerende i markedet for is krem i Irland. Samtidig tilbød Van den Bergh detaljister frysenskap til oppbevaring av iskremen på vilkår av at de kun inneholdt is krem fra Van den Bergh. Detaljistene sto fritt til å ikke motta fryseskabet, eller ha andre frysenskap i tillegg. Selv om det var detaljistene som ønsket fryseskapene, kom CFI til at ordningen de facto begrenset konkurransen en etter lang drøftelse av virkningen.¹²⁷

Domstolen uttaler seg på en måte som begrenser Microsoft-dommens rekkevidde når det kommer til spørsmålet om koblingen utelukker konkurransen. Den viste til klassiske koblingssaker, der funnet av et koblingssalg av et særskilt produkt og det dominerende produkt er ensbetydende at det foreligger en utelukkende virkning for konkurrerende leverandører. For så å si at i det foreliggende tilfelle er det gode grunner til ikke uten ytterligere undersøkelse å vurdere om koblingen utelukker konkurransen.

CFI resonerte tredelt i Microsoft-dommen for hvorfor virkningen av å koble WMP med operativsystemet virket konkurransebegrensende. Først drøftet den virkningen av koblingsproduktets utbredelse og de virkninger dette medførte. For det andre viste den til nettverkseffekter, og for det tredje virkningen av koblingen på tilgrensende markeder.

Windows operativsystem hadde en utbredelse på over 90 prosent. Ved å koble WMP med operativsystemet, fikk WMP automatisk en utbredelse på markedet som tilsvarte utbredelsen til operativsystemets, uten at den måtte konkurrere på kvalitet med

¹²⁵ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 977.

¹²⁶ Sak T-65/98, Van den Bergh Ltd mot Kommisjonen [2003] ECR II-4653.

¹²⁷ Sak T-65/98, Van den Bergh Ltd, premiss 160.

konkurrerende produkter.¹²⁸ Virkningen av denne utbredelsen ble ytterligere forsterket av at kundene fikk en ”klar til bruk” mediespiller på kjøpet, og derfor ville være mindre tilbøyelige til å anskaffe seg en alternativ mediespiller. OEMene ville på grunn av kapasitetsgrunner ha mindre grunn til å installere en mediespiller i tillegg. Og uansett ville WMP ha en konkurransefordel på grunn av koblingen.¹²⁹

For det andre forelå det sterke indirekte nettverkseffekter av koblingen.¹³⁰ Markedet for mediespillere er kjennetegnet av vesentlige nettverkseffekter. Jo flere som bruker en mediespiller, vil føre til at flere utviklere av kompatibel software og innholdsleverandører tilpasser seg dette formatet, som igjen fører til at den aktuelle mediespilleren ytterligere befester sin posisjon. Nettverkseffekten forsterkes også av kostnadsbesparelser som gir insentiv til å satse på det dominerende formatet.

Det tredje momentet som CFI drøfter er koblingens virkning på tilgrensende markeder.¹³¹ Den alminnelige utbredelsen til WMP fikk som følge at koblingssalget også hadde virkning på markedene for multimediespillere i andre apparater.

Konklusjonen til CFI bygger på en helhetsvurdering av de momenter som taler for at handlingen har konkurransebegrensende virkninger.¹³² CFI krevde ikke at man måtte bevise en fullstendig utelukkelse av konkurransen. Det er nok at man kan bevise at det er en reell sannsynlighet for at koblingshandelen fører til en svekkelse av konkurransen.¹³³

Selv om det i utgangspunktet er vanskelig å si noe klart om rekkevidden av Microsoft-dommen, kan det utledes en ting med sikkerhet. Der det foreligger grunner som gjør at det ikke er åpenbart at koblingen utelukker konkurransen, vil det være nødvendig å gjøre en

¹²⁸ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1038.

¹²⁹ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1048.

¹³⁰ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1064.

¹³¹ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1076.

¹³² Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1088.

¹³³ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1089.

nærmere vurdering av konkurransevirkningen. I Microsoft-saken var det at forbrukeren ikke var tvunget til å bruke WMP, og at andre mediespillere kunne nedlastes gratis, det som var årsaken til at domstolen fant det nødvendig å gjøre ytterligere undersøkelser av virkningen. Microsoft-dommen viser uansett en tendens til at domstolen krever at den negative effekten må bevises nærmere enn det som ble krevd i de tidligere sakene.

Kommisjonen gir også uttrykk for en mer virkningsbasert tilnærming til konkurransebegrensende effekt i avsnitt 59 i sitt discussion paper. Kommisjonen mener at for å etablere at en handling har konkurransebegrensende effekt er det normalt ikke nok å vurdere formen av handlingen, men også omstendighetene rundt handlingen. Momenter i denne vurderingen vil være i hvilken grad den dominerende virksomheten utfører handlingen i markedet eller om den retter handlingen mot utvalgte kunder, potensiell eller gjenværende konkurranse. Andre markedskaraktistikker inkludert nettverkseffekter, stordriftsfordeler og rekkevidde er relevante momenter i en helhetsvurdering av om det finnes konkurransebegrensende effekter av handlingen.¹³⁴

Kommisjonen går i retning av en mer virkningsbasert analyse, men den går den ikke inn på graden av sannsynliggjøring av den konkurransehindrende effekt som den mener må til for at handlingen skal kjennes ulovlig. Kommisjonen viser bare til det selvsagte:

”Generelt, jo større mulighet handlingen har til å utelukke konkurranse, og dess bredere handlingen treffer og jo sterke den dominerende posisjonen er, jo større er sannsynligheten for at en konkurransebegrensende effekt foreligger”¹³⁵

Heller ikke kapitelet om konkurransehindrende effekt under Kommisjonens spesielle redegjørelse av koblingshandel¹³⁶ gir noe nærmere svar på hva den mener at kravet til å påvise konkurransebegrensende effekten er. Den er mer en gjennomgang av momenter som

¹³⁴ DG Competition discussion paper, avsnitt 59.

¹³⁵ DG Competition discussion paper, avsnitt 59.

¹³⁶ DG Competition discussion paper, avsnitt 188-203.

taler for når markedet kan ansees for konkurransebegrenset. Flere av momentene er sammenfallende med Microsoft-saken.

Jo høyere prosentandel av salget som er bundet av koblingen på det koblede markedet, dess større er normalt den konkurransebegrensende effekten. Men også den dominerende virksomhetens styrke i koblingsmarkedet er relevant. Identiteten til forbrukerne som er bundet av koblingen vil være relevant, fordi man kan få den ønskede effekten av koblingen hvis man retter den mot riktig del av markedet. Dessuten kan en voksende andel i et marked med nettverkseffekter være problematisk, selv med en ganske liten markedsandel.¹³⁷ Den konkurransehindrende effekten vil typisk være større i en storskalaøkonomi, der man er avhengig av spesiell kunnskap eller andre hindringer for å komme inn på markedet for det koblede produktet.¹³⁸

Det er grunn til å konkludere med at det har skjedd en utvikling med hensyn til sannsynliggjøring av om det foreligger en konkurransebegrensende effekt av handlingen. Det er ikke lenger nok å påvise kobling og dominerende posisjon. Det kreves en nærmere analyse. Microsoft-saken og Van den Bergh går i denne retningen. Talende er også Kommisjonens oppfatning av rettspraksis. Selv om Microsoft-dommen har et faktum som gjør rekkevidden av den uklar setter den allikevel en ny standard til drøftelsen man må igjennom før man kan konkludere med at handlingen har en konkurransebegrensende effekt.

6.5.2 Utvikling av forbrukerperspektivet?

Hvis forbrukeren ikke påvirkes negativt av en handling, er det grunn til å argumentere for at handlingen ikke burde være forbudt. En virkningsbasert tilnærming som tar utgangspunkt i handlingens virkning på konkurransestrukturen vil ikke gi sikker informasjon om virkningen på forbrukeren, og man kan da risikere å forby en handling som

¹³⁷ DG Competition discussion paper, avsnitt 197.

¹³⁸ DG Competition discussion paper, avsnitt 199.

faktisk er positiv for forbrukeren. Det er derfor grunn til å undersøke hva rettspraksis viser om subjektet for virkningsanalysen.

Nedslagsfeltet til artikkel 82 ble formulert i *Continental Can*.¹³⁹ *Continental Can* kjøpte opp konkurrerende produsenter av emballasjeprodukter i et omfang som gjorde at konkurransen forsvant. Kommisjonen og ECJ konkluderte med at aktiviteten utgjorde misbruk av dominerende markedsrett. I premiss 26 i dommen uttaler domstolen følgende:

“[...] bestemmelsen [artikkel 82] retter seg ikke bare mot handlinger som kan skade konsumentene direkte, men også de som er skadelige for dem gjennom dens virkning på en effektiv konkurransestruktur [...]”

I *Michelin II*¹⁴⁰ anket virksomheten, Michelin, Kommisjonens avgjørelse blant annet på grunnlag av at Kommisjonen ikke hadde gjennomført en detaljert analyse av effekten av de pågjeldende handlingene.¹⁴¹ Men CFI mente at for å påvise et brudd på artikkel 82 er det nok å vise at den misbrukende handlingen viser en tendens til å begrense konkurransen, sagt på en annen måte, at handlingen er i stand til å ha den effekten.¹⁴² CFI slo dermed fast at det er nok at handlingen sannsynlig har en konkurransebegrensende effekt. Men domstolen knyttet effekten til virkningen på konkurransen og ikke til virkningen på forbrukerne.

Kommisjonens viser også en tradisjonell tilnærming der det er effekten på markedet som er utgangspunktet. Slik det fremgår av discussion paperet, er hovedformålet med artikkel 82 å beskytte konkurransen som et middel for å øke forbrukernes velferd og sørge for en effektiv bruk av ressurser.¹⁴³ Videre er Kommisjonens oppfatning av artikkel 82 at den forbyr

¹³⁹ Sak 6/72, *Continental Can*.

¹⁴⁰ Sak T-203/01, *Michelin II*.

¹⁴¹ Sak T-203/01, *Michelin II*, premiss 235.

¹⁴² Sak T-203/01, *Michelin II*, premiss 239.

¹⁴³ DG Competition discussion paper, avsnitt 54.

handlinger som kan, eller fører til utelukkelse av konkurrenter fra markedet, som igjen begrenser konkurransen og rammer konsumentene på en direkte eller indirekte måte.¹⁴⁴

Det virker heller ikke som om Kommisjonen foreslår at testen for å finne konkurransebegrensende effekt skal ta utgangspunkt i effekten handlingen har på forbrukerne, men den fortsetter en mer tradisjonell tilnærming.

I Microsoft-saken er begrunnelsen for at virkningen av koblingen må undersøkes nærmere, at det ikke er åpenbart at koblingen har en utelukkende virkning på konkurransen, fordi brukerne både har anledning, og i mange tilfeller skaffer seg en alternativ mediespiller over internett.¹⁴⁵ Spørsmålet er om dette utgangspunktet er et uttrykk for at virkningen må analyseres ut i fra forbrukeren eller om det bare viser til at konkurrentene muligens ikke er utelukket fra markedet fordi kunden i prinsippet står fri til bruke en hvilken som helst mediespiller.

Ser man på den videre analysen av utelukkelse av konkurransevilkåret fraviker ikke Microsoft-dommen fra prinsippet nedfelt i Continental Can om at forbudet ikke bare retter seg mot handlinger som skader konsumenten direkte, men også handlinger som er skadelige for dem gjennom handlingens virkning på en effektiv konkurransestruktur.¹⁴⁶

CFI konkluderer i avsnitt 1054 i dommen at Kommisjonen i sin avgjørelse i stor nok grad sannsynliggjorde at koblingssalget av operativsystemet og WMP;

” [...] uunngåelig hadde betydelige følger for konkurransestrukturen”.

Det er ikke skjedd noen endring med hensyn hvor effekten av koblingen på påvises eller sannsynliggjøres. Microsoft-saken viser muligens tegn til at effektvurderingen beveger seg

¹⁴⁴ DG Competition discussion paper, avsnitt 55.

¹⁴⁵ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 977.

¹⁴⁶ Sak 6/72, Continental Can, premiss 26.

mot virkningen på forbrukeren. Men det utvilsomt at det også etter Microsoft er virkningen koblingen har på konkurransestrukturen som må sannsynliggjøres, og at man ut i fra det slutter at forbrukeren rammes.

6.5.3 Sammenfatning

Domstolen har utviklet kravet til sannsynliggjøring av konkurransebegrensende effekt. I Microsoft-dommen var det en reell sannsynlighet for at konkurransen ble svekket som følge av handlingen. Utviklingen er allikevel ikke noe brudd med tidligere praksis. Men det er innført et krav om en mer omstendelig redegjørelse av momenter som taler for at konkurransen er svekket. Det er den negative effekten på konkurransestrukturen som må sannsynliggjøres.

6.6 Konklusjon

Gjennomgangen av rettspraksis viser at det er skjedd en endring i Kommisjonens og domstolenes tilnærming til når en koblingshandel av en virksomhet i dominerende posisjon ansees å ha en negativ effekt på konkurransen. I de tidlige sakene ble koblingshandel av en virksomhet i en dominerende posisjon ansett å være ulovlig per se. Eller med andre ord så lenge formen var oppfylt, var handlingen ulovlig. Utover 1990-tallet fortsatte domstolene og Kommisjonen denne tilnærmingen, men åpnet i alle fall for at virkningen av en koblingshandel kunne forsvares. Utviklingen siden har gått mot at domstolene og Kommisjonen i mye større grad foretar en helhetsvurdering, basert på en nøye redegjørelse av en rekke momenter for å sannsynliggjøre at handlingen har en konkurransebegrensende effekt.

7 Objektiv begrunnelse

Det siste vilkåret i vurdering av om det foreligger misbruk av dominerende markedsrett, er en vurdering av om det foreligger grunner som kan forsvare den antatt

konkurransbegrensende handlingen. Denne vurderingen blir kalt objektiv begrunnelse. Flere, deriblant Whish¹⁴⁷, mener at objektiv begrunnelse er kommet til for å gi domstolene og Kommisjonen et verktøy til å skille mellom legitim handelssedvane og handlinger som rammes av artikkel 82. Vilåret om objektiv begrunnelse er negativt formulert; det vil bli konkludert med misbruk dersom objektiv begrunnelse for handlingen ikke finnes. I vurderingen av om det finnes en objektiv begrunnelse for den omstridte praksisen vil det også foretas en proporsjonalitetsvurdering av handlingen, eller en vurdering av om handlingen var nødvendig og ikke kunne gjøres på en annen måte. I det følgende vil jeg gjøre rede for rettspraksis der objektiv begrunnelse er omtalt, nærmere utdype hva objektiv begrunnelse er, hvilke grunner som er gitt som objektiv begrunnelse, og hvilke domstolene og Kommisjonen har akseptert som objektive begrunnelser.

7.1 Domstolenes tilnærming til objektiv begrunnelse

Objektiv begrunnelse eller objektiv rettferdiggjørelse finnes i mange dommer og avgjørelser.¹⁴⁸ I Microsoft-dommen¹⁴⁹ er objektiv begrunnelse oppstilt som et av vilkårene som er med i vurderingen av om det foreligger misbruk av markedsrett. Domstolen viser til at spørsmålet om koblingshandelen må avgjøres blant annet på fraværet av objektiv begrunnelse.¹⁵⁰ Det er den dominerende virksomheten som må bevise at det foreligger en objektiv begrunnelse.¹⁵¹

Problemet med objektiv begrunnelse er at det i rettspraksis ikke er gjort en nærmere klargjøring av hva domstolene mener med objektiv begrunnelse. Heller ikke i Kommisjonens discussion paper gjøres det noen nærmere beskrivelse av innholdet av objektiv begrunnelse. I en artikkel av Ekaterina Rousseva¹⁵² mener hun at det kan være god

¹⁴⁷ Whish (2008) s. 207.

¹⁴⁸ Whish (2008) s. 207.

¹⁴⁹ Sak T 201/04, Microsoft.

¹⁵⁰ Sak T 201/04, Microsoft, premiss 869.

¹⁵¹ Sak T 201/04, Microsoft, premiss 1144.

¹⁵² Rousseva (2006) s. 37.

grunn til å begynne en tilnærming til begrepet ved å finne ut av hva ECJ ikke anser for å være en objektiv begrunnelse i saker der den dominerende virksomhet har nektet å selge varer til videre til en virksomhet eller forbruker.

I *Commercial Solvents*¹⁵³ (CS) kom ECJ til at ett dominerende selskaps ønske om ekspandere på et nytt marked ikke kunne forsvare at det nektet å levere til en konkurrerende virksomhet som var avhengig av leveringer fra CS. CS hadde en dominerende posisjon i markedet for aminobutanol, en råvare i produksjonen av ethambutol. CS hadde i en lang periode levert aminobutanol til en virksomhet, men da CS selv ville gå inn i markedet for ethambutol, nektet de virksomheten, som var helt avhengig av CSs leveranser å kjøpe ethambutol. ECJ slo fast at;

”[...]en virksomhet som har en dominerende posisjon i produksjonen av råvarer og derfor kontroll over leveransene til produsenter av derivativene, kan ikke, bare fordi det selv ønsker å begynne produksjonen av disse derivativene (i konkurranse med en tidligere kunde) handle slik at den eliminerer konkurransen [...]”.¹⁵⁴

I samme premiss slo domstolen fast at det i denne sammenheng var irrelevant om virksomheten som ble nektet leveranse faktisk hadde et skrikende behov for råvaren.

I *Oscar Bronner*¹⁵⁵ var faktum at den dominerende avisutgiveren i landet, nektet å gi en konkurrerende virksomhet tilgang til sitt distribusjonssystem. Generaladvokaten kom til at nektelsen ikke utgjorde misbruk. Han begrunnet dette blant annet med den langsiktige fordel for konkurransen og for forbrukeren ved at en virksomhet får reservere for seg selv de fasilitetene den har bygget opp, fordi insentivene for å investere i slike ellers ville forsvinne.¹⁵⁶ ECJ argumenterte annerledes. ECJ begrunnet hovedsakelig fraværet av

¹⁵³ Sak 6 og 7/63, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA og Commercial Solvents Corpn mot Kommissjonen* [1974] ECR 223 (Commercial Solvents).

¹⁵⁴ Sak 6 og 7/63, *Commercial Solvents*, premiss 25.

¹⁵⁵ Sak C 7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG Oscar Br* [1998] ECR I-7791 (Oscar Bronner).

¹⁵⁶ Sak C-7/97, *Opinion of Mr Advocate General Jacobs*, avsnitt 57.

misbruk i at nektelse av tilgang til distribusjonssystemet ikke vil eliminere konkurransen fordi det eksisterte en rekke andre måter å distribuere aviser på, og at det heller ikke var umulig eller uforholdsmessig vanskelig å etablere et eget distribusjonssystem.¹⁵⁷ I United Brands kan man derimot få inntrykk av hva ECJ kan akseptere som objektiv begrunnelse. Domstolen mente at en dominerende virksomhet ikke kunne nekte å levere der det har vært et langvarig kundeforhold hvis kunden forholder seg vil vanlig handelspraksis og bestillingen på noen måte ikke går utover det normale.¹⁵⁸ Rousseva tolker ECJ dit hen at det ikke er misbruk hvis en dominerende virksomhet kan begrunne nektelse av leveranser på grunnlag av at kunder ikke forholder seg til vanlig handelspraksis eller som bestiller leveranser helt utenom det vanlige.¹⁵⁹

Også i dommen BP v. Kommissjonen¹⁶⁰ viser ECJ til hvilke argumenter den kan akseptere som objektiv begrunnelse. BP, et nederlandsk petroleumsselskap, ble av Kommissjonen beskyldt for å misbruke sin dominerende posisjon ved å betraktelig og uproporsjonalt redusere leveransen av petroleum til selskapet ABG uten å kunne gi en objektiv begrunnelse.¹⁶¹ ECJ annullerte Kommissjonens avgjørelse.¹⁶² ECJ kom til at BP ikke hadde misbrukt sin posisjon ved å prioritere sine faste kunder, til fordel for ABG, i en kriseperiode.¹⁶³ Dessuten var handlingen til BP proporsjonal fordi ABG uansett fikk sikret seg nok til å overleve i markedet gjennom offentlig støtte.

Rousseva mener at gjennomgangen av rettspraksisen, over, viser at domstolene tolker objektiv begrunnelse meget snevert. For det første mener hun at effektivitetsbetraktninger ikke er forbundet med objektiv begrunnelse. For det andre legger hun til grunn at objektive begrunnelser kun omfatter faktorer som ligger utenfor bedriftenes kontroll, og som ikke

¹⁵⁷ Sak C-7/97, Oscar Bronner, premiss 43-44.

¹⁵⁸ Sak 27/76, United Brands, premiss 182.

¹⁵⁹ Rousseva (2006) s. 38.

¹⁶⁰ Sak 77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV og andre mot Kommissjonen [1978] 1513 (BP)

¹⁶¹ Sak 77/77, BP premiss 19.

¹⁶² Sak 77/77, BP, premiss 44.

¹⁶³ Sak 77/77, BP, premiss 32.

kan overvinnes bedre med andre midler. Videre mener hun at rettspraksisen over også viser hvordan proporsjonalitet spiller inn – konkurransebegrensingen i markedet må være nødvendig, og kan ikke brukes til å påta seg tap selv om det er tilstedet faktorer utenfor virksomhetens kontroll.¹⁶⁴

I det følgende vil jeg gå nærmere inn i de forskjellige argumenter dominerende virksomheter har lansert for å objektivt begrunne en handling. I Kommisjonens discussion paper mener den at det generelt finnes to typer av objektive begrunnelser. Den første er objektive begrunnelser der den dominerende virksomheten kan vise til at handlinger, som ellers er rettsstridig misbruk av dominerende stilling, er nødvendige på grunnlag av objektive faktorer utenfor kontroll for de involverte parter og særlig den dominerende virksomhet. Dette kaller Kommisjonen objektiv nødvendighetsforsvar. Den andre objektive begrunnelsen for Kommisjonen er når den dominerende virksomheten kan vise at en ellers rettsstridig handling er en reaksjon for å begrense tap som følge av konkurranse fra andre, jeg kaller dette konkurransesvarforsvaret.¹⁶⁵ Dessuten vil jeg drøfte om effektivitetshensyn kan påberopes som objektiv begrunnelse.

7.2 Objektiv nødvendighetsforsvar

I flere saker har dominerende virksomheter påberopt seg faktorer utenfor deres kontroll som begrunnelse for at en ellers forbudt handling ikke er rettsstridig. Hvilke faktorer de har påberopt seg og domstolens innstilling til disse vil jeg forsøke å fremstille nedenfor. I Kommisjonens discussion paper er sikkerhet eller helse som har sammenheng med produktets natur typiske eksempler i et argument for objektivt nødvendighetsforsvar.¹⁶⁶

I Hilti¹⁶⁷ forsøkte virksomheten å forsvare at den koblet salget av spikerpistolmagasiner til salget av spiker. Hilti mente at den hadde en forpliktelse under produktansvarslovgivning

¹⁶⁴ Rousseva (2006) s. 39.

¹⁶⁵ DG Competition discussion paper, avsnitt 78.

¹⁶⁶ DG Competition discussion paper, avsnitt 80.

¹⁶⁷ Sak T-30/89, Hilti og Sak 53/92 P Hilti,

til å handle som den gjorde, fordi Hilti visste at det fantes produsenter som solgte og reklamerte for spiker til bruk i Hilti spikerpistoler av dårlig kvalitet, og som ifølge Hilti var inkompatible med bruk i spikerpistolene. Hilti forsvarte at konkurransebegrensningene som hadde oppstått som følge av koblingen, kunne forvares ut fra dens ansvar som produsent.¹⁶⁸ CFI kom til at Hiltis opptreden sannsynlig hadde negativ effekt på konkurransen.¹⁶⁹ CFI aksepterte ikke Hiltis argumentasjon og viste til at det fantes lover, og myndigheter til å ivareta produktsikkerhet og beskytte mot villedende reklame. Det er derfor i slike omstendigheter helt klart at det ikke er en dominerende virksomhets oppgave å holde produkter ute fra markedet som den anser, riktig eller uriktig, å være farlig eller av dårligere kvalitet enn sine egne produkter.¹⁷⁰

I Tetra-Pak var saken at virksomheten, en produsent av aseptiske fyllemaskiner, koblet salget av disse med blant annet med salget av emballasje. Tetra-Pak argumenterte med at bruk av annen emballasje på disse aseptiske fyllemaskinene ville medføre en stor risiko for folks helse og alvorlige konsekvenser for Tetra-Paks kunder. CFI aksepterte ikke Tetra-Paks argumentasjon. CFI gjentok løsningen fra Hilti:

”Hvis det som anført av saksøkeren, må antas, at maskiner og kartonger av ulikt fabrikat ikke kan anvendes sammen uten å påvirke systemets karakteristika, må dette problem avhjelpes gjennom nødvendige lover og administrative bestemmelser, ikke ved hjelp av regler, som produsentene ensidig fastsetter, og som er ensbetydende med et forbud mot uavhengige produsenters hovedvirksomhet”¹⁷¹

Den objektive begrunnelsen Hilti og Tetra-Pak fører er det Rousseva kaller public policy considerations.¹⁷² Argumenter som setter hensyn til sikkerhet, helse og lignende foran hensynet til å opprettholde konkurransen i markedet.

¹⁶⁸ Sak T-30/89, Hilti, premiss 105-107.

¹⁶⁹ Sak T-30/89, Hilti, premiss 105.

¹⁷⁰ Sak T-30/89, Hilti, premiss 118.

¹⁷¹ Sak T-83/91, Tetra-Pak, premiss 84.

¹⁷² Rousseva (2006) s. 39.

Etter Hilti og Tetra-Pak er det vanskelig å se at slike hensyn aksepteres som objektiv begrunnelse, i alle fall når lovgivning og offentlige myndigheter finnes for å ivareta disse interessene. Viktig i Hilti og Tetra-Pak er det at den objektive begrunnelsen virksomhetene legger til grunn strider mot den grunnleggende retten andre virksomheter har til fritt å fremstille varer.¹⁷³

Spørsmålet er så om domstolenes avvisning av den objektive begrunnelsen Hilti og Tetra-Pak førte, innebærer en prinsipiell avvisning av public policy considerations. Eller om den objektive begrunnelsen ble avvist fordi det fantes bedre løsninger for å nå målene.

For det første kan det finnes støtte for at public policy considerations kan aksepteres som objektiv begrunnelse i Kommisjonens discussion paper. Men Kommisjonen ser ut til å ha tolket Hilti og Tetra-Pak dit hen, at om slike argumenter skal aksepteres, kan det bare aksepteres på et meget streng vilkår om at sikkerheten eller helsebekymringen ikke kan ivaretas på noen annen måte.¹⁷⁴

I Wouters¹⁷⁵ kan det finnes støtte for at public policy considerations kan aksepteres som objektiv begrunnelse under artikkel 82, ifølge Rousseva¹⁷⁶. Forholdet i saken var at den nederlandske advokatforening nektet advokater å inngå partnerskap i flerdisiplin med revisorer. Forholdet ble vurdert etter artikkel 81(1) i EF-traktaten som rammer avtaler mellom virksomheter som kan påvirke konkurransen. ECJ anså reglene til den nederlandske advokatforeningens om at advokater ikke kunne inngå i partnerskap med revisorer å være nødvendige for å sikre en god advokatstand i Nederland, selv om de hadde en begrensende effekt på konkurransen.¹⁷⁷ Begrunnelsen for at dette var nødvendig var blant annet motsetningen i advokaters rådgivende rolle, sammenlignet med revisorers

¹⁷³ Sak T-30/89 Hilti, premiss 68, og Sak T-83/91, Tetra-Pak II premiss 83.

¹⁷⁴ DG Competition Discussion paper avsnitt 80.

¹⁷⁵ Sak C-309/99 Wouters mot Algemene Raad van de Nterlandsche Orde van Advocaten [2002] ECR I-1577.

¹⁷⁶ Rousseva (2006) s. 41.

¹⁷⁷ Sak C-309/99, Wouters, premiss 109.

kontrolloppgaver. Advokatens spesielle taushetsplikt som ikke var tilsvarende for revisorer var også et moment.

Den nederlandske advokatforening hadde gjennom lovgivning fått ansvaret for å lage et regelverk som sikret en god advokatstand.¹⁷⁸ Det taler mot Roussevas bruk av Wouters som argument for at public policy considerations vil kunne aksepteres under artikkel 82. Sammenligner man med Hilti og Tetra-Pak, der poenget var at det fantes lovgivning og myndigheter til å håndheve de forhold, sikkerhet og helse, som virksomhetene anførte som objektiv begrunnelse, var nettopp advokatforeningen i Wouters gjennom lov gitt rollen som håndhever.

På den annen side kan sammenligningen likevel støtte opp om at public policy considerations kan aksepteres som objektiv begrunnelse. Dersom tre faktorer er tilstedet, viser rettspraksis, over, at public policy considerations vil kunne aksepters; (i) Handlingen må beskytte en legitim interesse. (ii) Handlingen kan ikke gå lenger enn det som er strengt nødvendig for å beskytte den legitime interessen. (iii) Det finnes ikke offentlig lovgivning eller myndigheter som kan ivareta den samme interessen.

7.3 Konkurransesvarforsvaret

Konkurransesvarsforsvaret er som navnet sier en strategi for å møte en konkurrents nye konkurransestrategi. Domstolene har akseptert at en dominerende virksomhet har rett til å beskytte sine kommersielle interesser når de angripes, og at virksomheten må ha rett til å handle i rimelig grad for å ivareta denne interessen, men at handlingen ikke tillattes dersom den egentlige meningen er å styrke den dominerende posisjonen og misbruke den.¹⁷⁹ Stillingen ECJ tok i United Brands er fulgt opp av CFI i British Gypsum¹⁸⁰ og i Irish Sugar.¹⁸¹

¹⁷⁸ Sak C-309/99, Wouters, premiss 100.

¹⁷⁹ Sak 27/76, United Brands premiss 189.

¹⁸⁰ Sak T-65/89, BpB Industries Plc og British Gypsum Ltd mot Kommisjonen [1993] ECR II-39,

Irish Sugar viser dilemmaet en dominerende virksomhet får i møtet med en aggressiv konkurransestrategi fra en konkurrent. På den ene siden har den dominerende virksomheten, uavhengig av hvordan den har oppnådd posisjonen, et spesielt ansvar til unngå at dens atferd skader konkurransen, samtidig har virksomheten rett til å beskytte sine egne interesser.¹⁸² Utfordringen er å avgjøre hva virksomheten kan gjøre for å møte konkurransen. Spørsmålet blir så om konkurransesvarsstrategien kan brukes for objektivt å begrunne koblingshandel.

En sak som kan gi svar på spørsmålet er British Gypsum(BG).¹⁸³ Virksomheten, BG, hadde en dominerende posisjon i markedet for gipsplater. BG ble beskyldt for å misbruke sin dominerende posisjon ved å gi forhandlere rabatter for ikke å handle med gipsplater fra en konkurrerende spansk gipsplateprodusent. BG på sin side, mente at de ikke innførte rabattene for å hindre konkurranse, men for å beskytte seg mot salg av importerte gipsplater til "lokkepriser". BG mente at den bare forsvarte sin legitime interesse og interessene til sine kunder, og at dens handlinger var med på å bygge opp under og styrke konkurransen.¹⁸⁴

CFI aksepterte ikke BGs argumentasjon. Domstolen viste til at en virksomhet i en dominerende posisjon har rett til å forsvare sine kommersielle interesser når de blir angrepet.¹⁸⁵ Men at det ikke innebærer at virksomheten på eget initiativ har rett til å handle på egenhånd mot kommersiell opptreden den anser som ulovlig eller urettferdig.¹⁸⁶ CFI kom til at rabattordningen, som straffet forhandlerne som ville selge de importerte gipsplatene ved å trekke tilbake en rabatt på 4 prosent, og belønnet forhandlerne som eksklusivt handlet med gipsplater fra BG med en rabatt på 5 prosent, i seg selv var

premiss 69.

¹⁸¹ Sak T-228/97 Irish Sugar plc mot Kommisjonen [1999] ECR II-2969112, premiss 112.

¹⁸² Sak T-228/97 Irish Sugar, premiss 112.

¹⁸³ Sak T-65/89, British Gypsum.

¹⁸⁴ Sak T-65/89, British Gypsum, premiss 111.

¹⁸⁵ Sak T-65/89, British Gypsum, premiss 117.

¹⁸⁶ Sak T-65/89, British Gypsum, premiss 118.

diskriminerende og klart var ment å straffe de som valgte å importere gipsplater.¹⁸⁷ Rabattene var ikke mindre enn produksjonskostnadene, men den iboende diskriminerende naturen var nok for domstolen til å konkludere med misbruk. Konkurransesvarsforsvaret var derfor irrelevant.

Etter dette er det grunn til å slutte at konkurransesvarsforsvaret heller ikke får virkning i koblingssaker. Begrunnelsen er at en dominerende virksomhets kobling av to separate produkter i seg selv vil anees å være misbruk fordi effekten av den vil være konkurransehindrende. At virksomheten mener koblingen er gjort for å møte konkurransen vil derfor ikke bli hørt.

7.4 Effektivitetsfordeler som objektiv begrunnelse

I Microsoft-dommen¹⁸⁸ legges det til grunn at en virksomhet kan forsvare seg med effektivitetsbetraktninger. Microsoft anførte effektivitetsbetraktninger for hvorfor koblingen av operativsystemet med WMP måtte være lovlig. I Kommisjonens discussion paper legges det også til grunn den dominerende virksomheten kan forsvare seg med effektivitetsbetraktninger.¹⁸⁹ Effektivitetsfordeler kan være av økonomisk art eller av teknisk/funksjonell art. Effektivitetsbetraktninger er ført i en rekke saker om lojalitetskapende rabatter. I denne forbindelse holder jeg utenfor rene kvantumsrabatter som i utgangspunktet er antatt lovlige.

I Hoffmann-La Roche¹⁹⁰ ble rabatter som ga kunden så sterke incentiver til å foreta alle sine kjøp fra den dominerende virksomhet funnet å være ulovlig fordi de ikke hadde annen funksjon enn å binde kunden til den dominerende virksomheten. Rene kvantumsrabatter vil

¹⁸⁷ Sak T-65/89, British Gypsum, premiss 119.

¹⁸⁸ Sak T-201/04, Microsoft.

¹⁸⁹ DG Competition discussion paper, avsnitt 84-92.

¹⁹⁰ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche.

på den annen siden være lovlige når de er basert på en økonomisk begrunnelse som reflekterer en fordel eller ulempe for partene,¹⁹¹ for eksempel stordriftsfordeler.

Spørsmålet er om domstolene har akseptert effektivitetsbetraktninger for handlinger som er funnet eller sannsynelig har konkurransehindrende virkninger.

I Michelin I¹⁹² kom domstolen til rabatter som kjøperne kun fikk på vilkår av at de nådde et visst kjøpsmål var misbruk av markedsrett, fordi det fratok kjøperne frihet til å kjøpe fra den tilbyder de ønsket, og hadde en konkurransebegrensende effekt. Verken et ønske om å selge mer eller et ønske om å spre produksjonen jevnere kunne forsvare en sårn restriksjon på kjøperens frihet.¹⁹³

I British Airways innrømmet CFI en mulighet til å akseptere effektivitetsbetraktninger for kvantumsrabatter.¹⁹⁴ BAs rabattsystem var oppbygd slik at når en reisebyråagent nærmet seg et nytt nivå for ekstra kommisjonsbetaling, økte kommisjonsbetalingen for hvert salg det gjorde, eksponentielt. Og det var umulig for konkurrerende flyselskaper å tilby kommisjonsbetalingen i samme grad. BA ble funnet å misbruke sin posisjon fordi systemet virket lojalitetsskapende og BA ikke kunne gi en økonomisk forsvarlig begrunnelse for praksisen.¹⁹⁵ CFI kom til at effekten av bonussystemet til BA, snarere enn gi produktivitetsfordeler ved at flyselskapet fikk fylt sine seter, kostet selskapet mer penger per billett jo flere billetter reisebyråagenten solgte.¹⁹⁶

I Michelin II var spørsmålet, som i British Airways, at selv om rabattsystemet virket lojalitetsskapende, om det fantes fordeler som kunne forsvares økonomisk. Michelin hevdet at en økonomisk begrunnelse for rabatten foreligger dersom den dominerende

¹⁹¹ Sak 85/76, Hoffmann-La Roche, premiss 90.

¹⁹² Sak T-203/01, Michelin I.

¹⁹³ Sak T-203/01, Michelin I, premiss 85.

¹⁹⁴ Sak T-219/99, British Airways plc mot Kommisjonen [2003] ECR II-5917, premiss 271.

¹⁹⁵ Sak T-219/99, British Airways, premiss 299.

¹⁹⁶ Sak T-219/99, British Airways, premiss 290-291.

virksomheten får stordriftsfordeler på grunn av store ordre. Hvis økningen i mengden solgte varer fører til lavere kostnader for leverandøren, er leverandøren berettiget til å overføre denne besparelsen til kunden i form av lavere pris.¹⁹⁷ CFI kom til at for å avgjøre dette måtte den undersøke om virksomheten hadde bevist at rabattsystemet, som var av lojalitetsskapende karakter, var basert på en objektiv økonomisk begrunnelse.¹⁹⁸ UtoverMichelins generelle henvisning til at stordriftsfordeler som følge av store ordre ga en økonomisk gevinst, som kjøperen burde få fordel av gjennom en lavere pris, kom CFI til at Michelin ikke kunne bevise at det forlåg en økonomisk begrunnelse som kunne forsvare et rabattsystem som begrenset forhandlerens frihet til valg av leverandør, og som begrenset konkurrenters adgang til markedet.¹⁹⁹ Med andre ord når domstolen først hadde funnet at rabattsystemet virket konkurransebegrensende, så ble ikke en økonomisk begrunnelse akseptert.

I Microsoft-saken ble koblingen av WMP med operativsystemet forsøkt objektiv begrunnet i effektivitetsbetraktninger. Microsoft anførte som begrunnelse for koblingen at en integrasjon av WMP i operativsystemet ga lavere transaksjonskostnader for forbrukeren ved at de fikk en ”klar til bruk” pc. For det andre mente Microsoft at integrasjonen ga fordeler for softwareutviklere fordi det lettet skriving av programmer kompatible med WMP. Og til sist hevdet Microsoft at å koble WMP til operativsystemet ga tekniske effektivitetsgevinster. Alle ble avvist.²⁰⁰ Alle argumentene til Microsoft ble avvist på grunnlag av at effektivitetene ikke kunne bevises eller at de kunne bli tilfredstilt på andre måter.

Microsoft-dommen gir ikke noe svar på om effektivitetsbetraktninger vil aksepteres. Det at domstolen avviste de på grunnlag av at de ikke kunne bevises, kan på den ene side tolkes

¹⁹⁷ Sak T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin mot Kommissjonen [2003] ECR II-4071 (Michelin II), premiss 98.

¹⁹⁸ Sak T-203/01, Michelin II, premiss 107.

¹⁹⁹ Sak T-203/01, Michelin II, premiss 110.

²⁰⁰ Sak T-201/04, Microsoft, premiss 1167.

som et tegn på at domstolen vil kunne akseptere effektivitetsbetraktninger. På den annen side bekrefter den ingenting. Og den er således i tråd med tidligere rettspraksis.

Sammenfattet viser rettspraksisen at domstolene ikke aksepterer effektivitetsbetraktninger når handlingen først er funnet å være konkurransebegrensende. Rousseva mener at domstolenes begrunnelse er sirkulær.²⁰¹ Mens domstolen åpner for at lojalitetsrabatter kan forsvares økonomisk, leter den etter effektivitetsbetraktninger som er typiske for rene kvantumsrabatter, når den allerede har slått fast at muligheten for å finne slike effekter er utelukket når rabatten ikke er en ren kvantumsrabatt.

Kommisjonens discussion paper som er Kommisjonens sammenfatning av rettspraksis kan også gi veiledning i spørsmålet om effektivitetsbetraktninger. Kommisjonen gir uttrykk for at effektivitetsbetraktninger er akseptert, der den dominerende virksomheten kan bevise at fordelene ved handlingen oppveier for de sannsynlig negative virkningene på konkurransen, og dermed skadene på forbrukerne, handlingen ellers ville hatt.²⁰² Kommisjonens discussion paper krever at den dominerende virksomheten kan bevise at følgende vilkår er oppfylt²⁰³; (i) effektiviteten er eller vil sannsynlig realiseres som følge av den pågjeldende handlingen, (ii) handlingen er den eneste som kan realisere effektivitetene (iii) effektivitetene tjener forbrukeren, og (iv) konkurransen blir ikke nevneverdig svekket.

I utgangspunktet kan man av vilkårene se at effektivitetsforsvaret, slik Kommisjonen ser det, er meget begrenset. Effektivitetene må på den ene siden tjene forbrukeren, men det tillattes uansett ikke særlig svekkelse av konkurransestrukturen. Der alle de fire vilkårene er oppfylt, er nettoeffekten av slik en handling, i følge Kommisjonen, å fremme selve det grunnleggende av konkurranse, nemlig å trekke til seg kunder fordi man tilbyr de bedre

²⁰¹ Rousseva (2006) s. 61.

²⁰² DG Competition discussion paper, avsnitt 79.

²⁰³ DG Competition discussion paper, avsnitt 84.

produkter eller bedre pris enn konkurrentene.²⁰⁴ Dette utsagnet bekrefter ytterligere hvor streng et eventuelt effektivitetsforsvar er. Det nærmer seg konkurranse på dyktighet som grense mot ulovlig handlinger.

Men Kommisjonen stopper ikke der. Insentivet for å overføre kostnadsbesparelser på grunn av effektiviteter, forligger normalt på grunn av konkurransen fra konkurrenter. Dess større den aktuelle eller potensielt negative virkning handlingen har på konkurransen, dess viktigere er det at Kommisjonen er sikre på at de påståtte effektivitene er betydelige, realiserbare og at de i stor nok grad gagnar forbrukeren. Det er derfor usannsynlig at en dominerende virksomhet med en posisjon i markedet som nærmer seg monopol (ca.75 prosent)²⁰⁵ kan unnskylde en konkurransebegrensende handling med effektivitetsbetraktninger overfor forbrukeren.²⁰⁶

Kommisjonens discussion paper viser en meget streng tilnærming til effektivitetsbetraktninger. Den er i utgangspunktet åpen for at slike betraktninger kan begrunne en konkurransebegrensende handling. Men forutsetningene er så strenge at et effektivitetsforsvar normalt ikke vil føre frem. Kommisjonen viderefører en tradisjonell forståelse av virkningen av konkurransen der både hensynet til forbrukeren og markedsstrukturen er av betydning.

Samlet sett viser gjennomgang av rettspraksis og Kommisjonens discussion paper at det er åpnet for effektivitetsbetraktninger. Men dersom virkning av handlingen først er funnet å være konkurransehindrende, vil effektivitetsbetraktninger ikke vinne frem. Således kan det argumenteres for at effektivitetsbetraktninger er en slags overføring av bevisbyrden fra domstolene/Kommisjonen til den dominerende virksomheten om å bevise at konkurransehindrende effekter ikke foreligger.

²⁰⁴ DG Competition discussion paper, avsnitt 84.

²⁰⁵ DG Competition discussion paper, avsnitt 92.

²⁰⁶ DG Competition discussion paper, avsnitt 90.

7.5 Konklusjon

Det er åpnet for at en virksomhet i en dominerende posisjon objektivt kan begrunne at den har koblet to separate produkter. Men denne retten er ganske begrenset. Gjennomgang av rettspraksis viser at det kun er faktorer utenfor virksomhetens kontroll, faktorer som også kan påvirke ikke-dominerende virksomheter som tillates. For det andre kan public policy considerations muligens aksepteres på strenge vilkår. Det kan virke som om domstolene og Kommisjonen har åpnet døren for effektivitetsbetraktninger, men de defineres så snevert og gjelder ikke når konkurransebegrensende effekt er påvist, slik at konklusjonen må være at de ikke aksepteres som objektiv begrunnelse.

8 Sammenfatning og vurdering

Fremstilling og analysen viser at det har skjedd en utvikling av tilnærmingen til rettsstridig koblingshandel. Etter Microsoft-dommen vil nye saker om koblingshandel måtte analyseres ved en gjennomgang av de fem vilkårene den oppstiller for at rettsstridig koblingshandel skal foreligge. Vilkåret om at det må være to separate produkter og tvangsvilkåret vil ikke by på særlige utfordringer. Rettspraksis viser en fasthet i forhold til disse vilkårene. Om det foreligger to separate produkter, vil bygge på en helhetsvurdering, der momenter som om det finnes uavhengige produsenter av det koblede produktet, finansiering, og hvordan produktet selges og markedsføres er sentrale. Tvangsvilkåret vil være oppfylt når kunden ikke har et meningsfullt valg om å kjøpe produktene separat.

Utfordringen fremover vil være i forhold til vilkårene om at koblingshandelen må ha en konkurransebegrensende effekt, og at objektiv begrunnelse for kobling ikke må være tilstedet. Analysen av vilkårene viser en utvikling som det ennå ikke kan konkluderes med at har stoppet opp. Felles for de begge er at man har innsett at koblingshandel av en virksomhet i en dominerende stilling kan ha positive effekter. Dette krever en mer grunnleggende vurdering av effektene av slik handling.

Hva domstolen vil akseptere som en objektiv begrunnelse er fortsatt meget snever. Men det er tegn på at også her vil det kunne aksepteres mer fremover. Rettspraksis viser at effektivitetsbetraktninger har fått en fot innenfor. Riktignok er slike betraktninger tolket så snevert at de ennå ikke er akseptert i realiteten.

Microsoft-dommen er ikke et brudd med tidligere praksis. Den har skjerpet kravet til sannsynliggjøring av effekt, men den krevde ikke at koblingen av WMP og operativsystemet utvilsomt hadde en negativ effekt. Utviklingen etter Microsoft er usikker. Den kan være en indikasjon på at man vil fortsette en mer tradisjonell retning, som krever at negativ effekt må sannsynliggjøres og at det er effekten på konkurransen som skal sannsynliggjøres. Eller man kan se den som et steg i retning av at negativ effekt må bevises, og at virkningen på kunden vil bli en del av analysen. I kommende avgjørelser bør denne uklarheten konfronteres.

9 Litteraturliste

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

Dolmans, Maurits and Graf, Thomas. *Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*. *World Competition* 27(2): 225-244, 2004. <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=WOCO2004014>.

Faull, Jonathan and Nikpay, Ali. *The EC law of competition*. Second Edition. Oxford, 2007.

Jones, Alison and Sufrin, Brenda. *EC Competition Law*. Second Edition. Oxford, 2008.

Lang, John Temple and O'Donoghue, Robert. *The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC. GCLC Research papers on Article 82 EC*, 2005.
<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>.

Langer, Jurian. *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law*. Kluwer Law International, 2007.

O'Donoghue Robert and Padilla, A Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford and Portland, Oregon, 2006.

Rousseva, Ekaterina. *The Concept of 'Objective Justification' of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?*, 2006.
<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol2Issue2Art2Rousseva.pdf>.

Whish, Richard. *Competition Law*. Sixth Edition. Oxford, 2008.

